

Die Abgrenzung der Befugnisse der Generalversammlung und des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der
Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

JON PEDER MOHR

von Süss und Schuls/GR.

genehmigt auf Antrag von

Herrn Prof. Dr. G. Weiss

1959.

Die Abgrenzung der Befugnisse der Generalversammlung und des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der
Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

JON PEDER MOHR

von Süs und Schuls/GR.

genehmigt auf Antrag von

Herrn Prof. Dr. G. Weiss

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 30. Oktober 1948.

Der Dekan :

Prof. Dr. K. Käfer.



DEM ANDENKEN
MEINES VATERS

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

Verzeichnis der benützten Literatur	VI
Abkürzungen	IX
Vorwort	X

ERSTER TEIL

§ 1	Die Befugnisse der Generalversammlung	1
	Allgemeines	1
	I. Die wohlverordneten Rechte des Aktionärs auf Einhaltung der Gesetzes- und Statutenbestimmungen	1
	II. Die Generalversammlung als «oberstes Organ»	1
	III. Ordentliche und außerordentliche Generalversammlung	3
	IV. Der Generalversammlungsbeschluß, ein Mehrheitsbeschluß	4
§ 2	Die Beschlußfassung in den im Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen	5
	I. Die Festsetzung und Änderung der Statuten	6
	II. Die Wahl der Verwaltung und der Kontrollstelle und deren Ab- berufung, OR 698, Ziff. 2 und 705	6
	III. Die Abnahme der Gewinn- und Verlustrechnung, der Bilanz und des Geschäftsberichtes, sowie die Beschlußfassung über die Ver- wendung des Reingewinns, insbesondere die Festsetzung der Di- vidende und des Gewinnanteils der Verwaltung	7
	IV. Die Entlastung der Verwaltung	9
	V. Die Beschlußfassung über die übrigen Gegenstände, die der GV durch das Gesetz oder die Statuten vorbehalten sind	9
§ 3	Die Befugnisse des Verwaltungsrates	10

ZWEITER TEIL

§ 4	Die Omnipotenz- und die Organgleichheits- oder Paritätstheorie	12
§ 5	Die wirtschaftliche Wertung der Omnipotenz- und der Paritätstheorie	14
§ 6	Die Stellungnahme der Gerichte	21
§ 7	Die Stellungnahme der Wissenschaft	24
	I. Die Vertreter der Omnipotenztheorie	24
	II. Die Vertreter der Organgleichheits- oder Paritätstheorie	29
§ 8	Die eigene Auffassung	32

DRITTER TEIL

	Die gesetzlichen Grundlagen der Paritätstheorie	34
§ 9	Die personenrechtlichen Grundlagen Artikel 65, Abs. 1 und 69 ZGB	
§ 10	Die aktienrechtlichen Grundlagen der Paritätstheorie	35
	I. Einleitung	35
	II. Deutsches Recht	36
	III. Schweizerisches Recht	38

§ 11 Die Stellung des Verwaltungsrates bei gesetz- oder statutenwidrigen Beschlüssen, insbesondere bei Kompetenzüberschreitungen durch die Generalversammlung	40
I. Die Anfechtung von GV-Beschlüssen	40
A. Die Anfechtungsberechtigten	40
1. Der Aktionär	40
2. Der Verwaltungsrat	41
a) Das Anfechtungsrecht jedes einzelnen VR als Aktionär	41
b) Das Anfechtungsrecht des VR als Mitglied des Verwaltungsorgans	42
c) Das Anfechtungsrecht der Verwaltung	43
B. Anfechtbare GV-Beschlüsse	44
1. Die Verletzung einer gesetzlichen oder statutarischen Norm	44
2. Die Verletzung von Statutenvorschriften als Kompetenzüberschreitung der GV	45
3. Die Verletzung des Gesetzes oder der Statuten muß relevant sein	45
II. Die Verantwortlichkeit der Verwaltung	46
A. Die Gestaltung der Verantwortlichkeit im positiven Recht	46
1. Die verantwortlichen Personen	46
a) Der Verwaltungsrat als Kollektivorgan	48
b) Jedes einzelne VR-Mitglied	50
2. Die Klageberechtigten	52
a) Die Aktiengesellschaft	52
b) Die einzelnen Aktionäre	52
c) Die Gesellschaftsgläubiger	53
3. Die Voraussetzung der Verantwortlichkeit der Verwaltung	54
a) Primärer und sekundärer Schaden	54
b) Das Verschulden	55
c) Der Kausalzusammenhang	57
B. Die Verwaltung ist nicht nur berechtigt sondern verpflichtet, gesetz- oder statutenwidrige GV-Beschlüsse anzufechten	58
1. Im Hinblick auf ihre Verantwortlichkeit	59
a) Rechtskraft der GV-Beschlüsse	60
2. Als kaufmännische Leiterin des Unternehmens	61
§ 12 Die Dienstanweisung	62
§ 13 Einzelne Konfliktsfälle	64
I. Die Erhöhung des Grundkapitals	64
II. Erweiterung der Befugnisse und Pflichten der Kontrollstelle, OR 731, Abs. 1	68

Verzeichnis der benützten

LITERATUR

- Bachmann, Kommentar zum schweiz. OR, AG und Genossenschaft, in Schneider und Fick, II. Band, Zürich 1915.
- Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts, 1. Band, Abteilung I, Berlin und Leipzig 1886.
- Biermann, Bürgerliches Recht, Allgemeine Lehren und Personenrecht, Berlin 1908.
- Biggel, Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates gemäß Art. 673 ff OR / 754 ff rev. OR, Zürich 1940.
- Binder, Das Problem der juristischen Persönlichkeit, Leipzig 1907.
- Bloch, Über Organschaft und die rechtliche Stellung der sog. Verbandsorgane, Diss. Leipzig 1904.
- Brodmann, Kommentar zum (deutschen) Aktienrecht, Berlin 1928.
- Büchler, Die Erhöhung des Grundkapitals mit Ausgabe von Gratisaktien, in Abhandlungen zum schweiz. Recht, n. F., Heft 20, Bern 1926.
- Burckhardt, Schweiz. Bundesrecht, Staats- und verwaltungsrechtliche Praxis, 3. Band, Frauenfeld 1930.
- Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 12. Auflage, Stuttgart 1930.
- Dernburg, System des römischen Rechts, Pandekten, 8. Aufl., Berlin 1911.
- Egger, Kommentar zum ZGB, Personenrecht, 2. Aufl., Zürich 1930.
- Schranken der Majoritätsherrschaft, in ZSR 45.
- Ehrbar, Die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen nach ungeschriebenem Recht, Diss. Zürich 1941.
- Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechtes, Leipzig 1881.
- Ensslin, Das Recht auf Anfechtung gesetz- oder statutenwidriger Generalversammlungsbeschlüsse der AG, Diss. Zürich 1930.
- Fischer, Das Aktienrecht, in Ehrenberg's Handbuch III/1, Leipzig 1916.
- Friedländer, Konzernrecht, Das Recht der Betriebs- und Unternehmungszusammenfassungen, Mannheim, Berlin, Leipzig 1927.
- Gierke, Jul. v., Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 2. und 5. Aufl., Berlin und Leipzig 1926, Berlin 1941.
- Gierke, Otto v., Genossenschaftsrecht und deutsche Rechtssprechung, Berlin 1887.
- Deutsches Privatrecht, Band I, in Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, Leipzig 1895.
- Das Wesen der menschlichen Verbände, Rektoratsrede, Berlin 1902.

- Goldmann, Das Handelsgesetzbuch, 2. Band, II. Buch, Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft, Berlin 1905.
- Guhl, Das schweiz. OR, 3. Aufl., Zürich 1944.
- Hafer, Kommentar zum ZGB, Personenrecht, Bern 1919.
- Hagmann, Das Mitwirkungs- und Eingriffsrecht des Richters im Bereiche der AG., Diss. Zürich 1939.
- Horowitz, Das Recht der Generalversammlungen der AG., Berlin 1913.
- Huber, Erläuterungen zum Vorentwurf eines schweiz. ZGB, 2. Ausgabe, Bern 1914.
- Hueck, Das Recht der Generalversammlungsbeschlüsse und die Aktienrechtsreform, in Gesellschaftsrechtliche Abhandlungen, Heft 21, Berlin 1933.
- Kägi, Die Prioritätsaktien nach schweiz. und deutschem Recht, Diss. Zürich 1918.
- Klausing, Gesellschaftsrecht, in Die Handelshochschule, Lieferung 48 und 60.
- Kolb, Die rechtliche Stellung der Mitglieder der Verwaltung, Diss. Zürich 1935.
- Lehmann, Das Recht der AG., 2 Bde., Berlin 1898, 1904.
- Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar, 13. Aufl., 1. Band, Berlin 1906.
- Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, Breslau 1901.
- Willenserklärung und Willensgeschäft, Berlin 1907.
- Meurer, Die juristischen Personen nach deutschem Reichsrecht, Leipzig 1901.
- Meyer, Vorrechte aus Vorzugsakten, Diss. Zürich 1933.
- Oser, Kommentar zum schweiz. ZGB, 5. Teil, Das OR, 2. Aufl., Zürich 1936.
- Oser - Schönenberger, Kommentar zum schweiz. ZGB, Das OR, 2. Teil, 1. Halbband: Art. 184—418, zweite, umgearbeitete Aufl., Zürich 1936.
- Passov, Die wirtschaftliche Bedeutung und Organisation der AG., Jena 1907.
- Peyer, Nichtig und anfechtbare Beschlüsse der Generalversammlung der AG., Diss. Zürich 1944.
- Pic, Traité général théorique et pratique de Droit Commercial, vol. 1 et 2, Paris 1925.
- Picenoni, Der Entlastungsbeschluß (Décharge) im Rechte der Handelsgesellschaften und der Korporationen, Diss. Zürich 1945.
- Pinösch, Die rechtliche Stellung des Liquidators einer Kollektiv- und AG. nach schweiz. Recht, Diss. Zürich 1936.
- Salis, v., Das autorisierte Kapital, Rechtsvergleichende Behandlung von Gründungsfinanzierung und Kapitalerhöhung der AG., Zürich und Berlin 1937.
- Scherrer, Die Kapitalerhöhung bei der AG., in Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 12, Festgabe 1942.
- Schindler, Die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Generalversammlung und Aufsichtsrat einer AG., in Gesellschaftsrechtliche Abhandlungen, Heft 23, Berlin 1933, zit. Schindler.

- Schucany, Kommentar zum schweiz. Aktienrecht, Zürich 1940; zit. Schucany.
- Sieewart, Kommentar zum schweiz. ZGB, V. Band, 5. Teil, Die AG. und die GmbH., Zürich 1939 in Teillieferungen; zit. Sieewart.
- Silbernagel, Die Gründung der AG., Berlin 1907.
- Simon, Die Bilanzen der AG. und der Kommanditgesellschaft auf Aktien, 2. Aufl., Berlin 1898.
- Sohm, Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, 8. und 17. Aufl., München und Leipzig 1926.
- Sombart, Der moderne Kapitalismus, 3. Band, 2. Halbband, München und Leipzig 1928.
- Staub-Pinner, Kommentar zum deutschen HGB, Band II, 12. und 13. Aufl., Berlin-Leipzig 1926.
- Steiger, v., Das Recht der AG. in der Schweiz, Zürich 1946.
- Steinbrüchel, Organ und Hilfsperson, eine Studie zur Haftung der sogenannten juristischen Personen nach ZGB Art. 55, Abs. 2, Diss. Zürich 1945 in Maschinenschrift.
- Steiner, Die konstituierende Generalversammlung der AG., in SchwAG 11, S. 83.
- Tuhr, v., Allgemeiner Teil der schweiz. OR, 2. Aufl., herausgeg. von A. Sieewart, Zürich 1942.
- Tuor, Das schweiz. ZGB, Zürich 1940.
- Vivante, Trattato di diritto commerciale, vol. II., Milano 1912.
- Weidler, Die Generalversammlungsbeschlüsse bei AGn und ihre Anfechtbarkeit und Nichtigkeit nach BGB, Tübingen 1911.
- Weiß, Sammlung eidg. und kantonaler Entscheidungen zum schweiz. ZGB und OR, Zürich 1925 und 1942 ff.
- Wieland, A., Kritisches zum Kapitel der Grundkapitalveränderung, in ZSR 57, S. 1.
- Wieland, C., Handelsrecht, 2. Band, Die Kapitalgesellschaften, München und Leipzig 1931.
- Wolfers, Die Verwaltungsorgane der AG., in ZüB LXVI, Aarau 1917.

ABKÜRZUNGEN

BGB	=	(Deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896.
BGE	=	Entscheide des schweiz. Bundesgerichts, amtliche Sammlung.
BlzR	=	Blätter für zürcherisches Recht.
Botschaft	=	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des OR vom 21. Februar 1928.
DJZ	=	Deutsche Juristenzeitung.
GV	=	Generalversammlung.
HGB	=	(Deutsches) Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.
JW	=	Juristische Wochenschrift.
Komm.	=	Kommentar.
OLG	=	Oberlandgericht.
OR	=	Schweiz. Obligationenrecht vom 30. März 1911 und Revision der Titel 24—33 des OR vom 18. Dezember 1936.
Prot.	=	Protokoll der Expertenkommission zur Revision der Titel 24—33 OR, Bern 1928.
RGZ	=	Entscheidungen des (deutschen) Reichsgerichts in Zivilsachen.
SchwAG	=	Die schweiz. Aktiengesellschaft; Zeitschrift zur Besprechung v. Rechts-, Steuer- und Organisationsfragen.
SJZ	=	Schweiz. Juristenzeitung
VR	=	Verwaltungsrat.
ZbJV	=	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.
ZGB	=	Schweiz. Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.
Züb	=	Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft.

VORWORT

Der GV sowie dem VR sind im Gesetz ganz bestimmte Funktionen zuge-
teilt, andere wiederum können ihnen, kraft gesetzlicher Ermächtigung, durch
die Statuten und Reglemente übertragen werden. Die Kompetenzabgrenzung
zwischen den beiden Organen innerhalb des Gesetzes bietet kein Problem;
greift die GV beispielsweise in die gesetzlichen Kompetenzen des VR über
oder umgekehrt, so liegt eine klare Gesetzesverletzung vor. Trotzdem haben
wir die gesetzlichen Befugnisse der GV katalogmäßig genannt.

Schwierigkeiten ergeben sich aber bei der Frage der statutenmäßigen
Kompetenzausscheidung der beiden Organe. Während die schweizerische
Literatur bisher noch vorwiegend auf dem Boden stand, die GV dürfe als
oberstes Organ in die statutenmäßigen Befugnisse des VR regelnd eingrei-
fen, wurde in der vorliegenden Arbeit versucht, die These vom «obersten
Organ» ¹⁾ einer kritischen Untersuchung zu unterziehen. So gelangten wir
zur Gegenüberstellung der Omnipotenztheorie zur Paritäts- oder Organ-
gleichheitstheorie, darüber hinaus zur Verantwortlichkeit des VR. Die An-
hänger der ersten Theorie postulieren eine uneingeschränkte Souveränität
der GV, die Anhänger der zweiten, zu denen wir uns bekennen, sehen in
jedem Organ ein gleichwertiges Glied des Verbandes, das seine Befugnisse
unmittelbar aus Gesetz und Statuten schöpft. Es gibt demnach kein «oberstes
Organ», sondern einfach Organe. Die Stellungnahme des Gesetzgebers war
nicht eindeutig; vielfach wurde behauptet, das OR stehe auf dem Boden der
Omnipotenztheorie. Wenn es uns gelang, zu beweisen, daß unser Gesetz
nicht nur sehr starke paritätsrechtliche Einschlüsse aufweist, sondern daß
darüber hinaus das Prinzip der Organgleichheit für das wirtschaftliche Leben
des Landes günstiger ist, so ist der Zweck der vorliegenden Arbeit erfüllt.

¹⁾ OR 698, Abs. 1.

§ 1

Die Befugnisse der Generalversammlung

ALLGEMEINES

I. Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs auf Einhaltung der Gesetzes- und Statutenbestimmungen

Jeder Aktionär hat ein *wohlerworbenes Recht* darauf, daß das Gesetz und die Statuten eingehalten werden und kann sie verletzend Beschlüsse der GV anfechten, auch wenn die Verletzung nicht gegen ihn persönlich gerichtet ist, sofern er nur ein Interesse daran hat, daß sie nicht erfolgte.¹⁾

Wenn nach der Meinung des BGer. das Recht auf Einhaltung des Gesetzes und der Statuten wohlerworben ist, so hat das im weiteren den Sinn, daß die GV die ihr von Gesetzes wegen zugeschienenen oder durch das Statut übertragenen Befugnisse auch wirklich ausübe. Es ginge nicht an, daß der Aktionär ein wohlerworbenes Recht darauf hätte, daß das Gesetz eingehalten würde, also daß eine GV einberufen werden muß²⁾ und diese GV dann das Gesetz mißachten würde, indem sie beispielsweise überhaupt nichts beschlösse. Denn damit würde dem einzelnen Aktionär auch die Möglichkeit genommen, irgendeinen GV-Beschluß anzufechten — auch ein wohlerworbenes Recht gemäß OR 646, Abs. 3 — da ja gar kein Beschluß vorliegt.

Die wohlerworbenen Rechte erfahren eben ihre Verwirklichung im wesentlichen in der GV. Eine eingehendere Behandlung der wohlerworbenen Rechte würde zu weit führen und gehört thematisch nicht hierher.

II. Die Generalversammlung als «oberstes Organ»

So wie jede natürliche Person durch ihre Organe ihren Willen kundgibt, so bedarf auch der Verband einer Organisation, also der Organe, die den

¹⁾ BGE 50 II 500: Vgl. auch Staub-Pinner, Komm. DHGB zu § 271, Nr. 3. Der GV-Beschluß, der ein wohlerworbenes Recht grundsätzlich als solches verletzt, ist nichtig, weil es sich bei diesen, soweit sie nicht Vermögensrechte sind, um unverzichtbare Persönlichkeitsrechte handelt, Schucany Art. 706, N. 1, Ziff. a.

²⁾ OR 699, Abs. 2.

Verband rechtsverbindlich berechtigen und verpflichten können. Nach der Terminologie des Gesetzes ³⁾ ist die GV Organ der AG.⁴⁾

Die GV ist an der Willensbildung der AG primär und in vorzüglicher Weise beteiligt. Sie ernennt und ruft die anderen Organe ab, sie ernennt vielfach auch die Hilfspersonen und Angestellten, sie allein beschließt über die Statuten und deren Änderungen usw. Es ist deshalb verständlich, daß die GV immer als «oberstes Organ» bezeichnet wird.⁵⁾ «*Oberstes*, nur periodisch zusammentretendes Organ, ist die GV ...», schreibt auch Guhl ⁶⁾. Unseres Erachtens ist der Ausdruck aber zum mindesten in terminologischer Hinsicht irreführend, wenn nicht unrichtig. Wenn schon einzelne oder eine Gruppe von Verbandsfunktionären als Organe bezeichnet werden, so stellt man auf ein rein qualitatives Moment ab, nämlich das Organ im Gegensatz zur Hilfsperson. Es geht aber nicht an, weil nicht ganz logisch, diese Qualitätseigenschaft noch quantitativ bemessen zu wollen. Es gibt somit auch kein oberstes, mittleres und vielleicht unterstes Organ. Denn da würde sich selbstredend sofort die Frage aufdrängen: Was wäre neben der GV das untere Organ, der Verwaltungsrat oder die Kontrollstelle? Und wo wäre ein eventueller Direktor, ein Verwaltungsratsausschuß usw. zu klassifizieren? Wir sehen, der Ausdruck «oberstes Organ» ist für die GV nicht stichhaltig. Die Organe sind einander nicht sub- sondern koordiniert. Schon aus diesem Grunde darf hier die Feststellung vorweggenommen werden, was unten in extenso erörtert sein wird, daß dem Verwaltungsrat die Macht nicht entzogen werden darf, sei es durch die GV, sei es durch die Kontrollstelle.

Die Willensbildung in gesellschaftlichen Angelegenheiten ist für die Qualifizierung als Organ noch aus einem anderen Grunde nicht allein maßgebend, nämlich in bezug auf die Kontrollstelle. Nach positivem Recht ist sie unbestrittenermaßen Organ ⁷⁾, obwohl sie an der Willensbildung des Verbandes überhaupt keinen Anteil nimmt.

³⁾ OR 698, Abs. 1.

⁴⁾ Aufschlußreich über die Wandlung des Organbegriffs beim Bundesgericht sind vor allem folgende Entscheide: 41 II 81; 44 II 136/137 (Kassier und Buchhalter einer Sparkassen-AG als Organ); 48 II 6 ff; 51 II 529; 54 II 145; 61 II 342; 65 II 6; 68 II 289/290; Zürcher Obergericht, Urteil vom 19. Mai 1936 in BlzR 1937, Nr. 124. Die am weitesten gehende Ansicht scheint u. M. das BGer im Entscheid 59 II 428 ff. ausgedrückt zu haben, wo der Chefmonteur eines Elektrizitätswerkes als Organ bezeichnet wird. Daß im Laufe der Zeit der Organbegriff eine ganz wesentliche Wandlung durchgemacht hat, scheint in Anbetracht der überaus großen Zahl von juristischen Personen in der heutigen Geschäftswelt natürlich zu sein.

⁵⁾ Das OR in Art. 698 braucht den gleichen Ausdruck.

⁶⁾ OR, Seite 462.

⁷⁾ OR 626, Ziff. 5.

Was namhafte und hochverdiente Autoren immer wieder zur Feststellung verleitet, die GV sei das «oberste Organ», ist die gesetzliche Bestimmung, daß die GV die anderen Organe wählt, abberuft und weil ihr die in Art. 698, Ziff. 1—5 aufgeführten Gegenstände in unübertragbarer Weise vorbehalten sind.⁸⁾ Der Gedanke, daß hierarchiemäßig, ähnlich wie im Staat (siehe in Anmerkung 8 das Zitat von Burckhardt) die eine Behörde über die andere zu befinden hat, also ihr übergeordnet ist und somit das eine Organ — die GV — den anderen Organen «übergeordnet» ist, weil sie die anderen wählt und abberuft, ist naheliegend. Demzufolge würde sie sich mit Recht «oberstes Organ» nennen. Allein, da ist auszusetzen, daß der Terminus «Organ» bei weitem nicht nur das Moment der Willensbildung umschließt, sondern die befreiungslose Haftung des Verbandes erzeugt. Nun haftet die AG so gut für das Verhalten der GV wie für dasjenige des VR. Sie haftet nicht für die eine mehr, für den anderen weniger. Es ist also nicht das eine «oberstes», das andere «zweitoberstes, mittleres oder unteres» Organ. Auf dieser Überlegung basierend, spricht Gierke⁹⁾ folgerichtig von einem «obersten Willensorgan», denn an anderer Stelle¹⁰⁾ führt der nämliche Autor aus, daß dem Vorstand — nach schweiz. Recht dem VR — die größte *tatsächliche* Bedeutung zukommt.

III. Ordentliche und außerordentliche Generalversammlung

Die ordentliche GV findet gemäß Gesetz jährlich einmal statt, und zwar innerhalb 6 Monaten nach Schluß des Geschäftsjahres. Sie wird durch die Verwaltung, die Kontrollstelle, die Liquidatoren, die Vertreter der Anleiensgläubiger oder auf Begehren einer Gruppe von Aktionären, die zusammen mindestens den 10. Teil des Grundkapitals vertreten¹¹⁾, einberufen. Die außerordentliche GV wird je nach Bedürfnis einberufen. OR 725, Abs. 2 bestimmt, daß eine solche namentlich einzuberufen ist, wenn aus der Jahresbilanz ersichtlich ist, daß das Grundkapital sich um die Hälfte reduziert hat.

Die Kompetenzen der beiden Versammlungen, der ordentlichen und der außerordentlichen, bleiben sich gleich. Es dürfen weder in der einen noch in

⁸⁾ Schucany, Komm. Art. 698, Nr. 2

Burckhardt, Schweizer. Bundesrecht, Nr. 1523/V. Mit ähnlichen Worten und in gleicher Argumentation drückt sich Wieland, Handelsrecht II, S. 91 aus.

⁹⁾ Von Gierke Julius, Handelsrecht, 2. Aufl., S. 239 ff. In der letzten, das heißt der 5. Aufl. spricht Gierke nicht mehr vom obersten Willensorgan. Dafür gebraucht er die Wendung: «Sie (d. i. die GV) ist aber nicht mehr volles oberstes Organ. Vielmehr hat sie die bestimmten Aufgaben; für die laufende Geschäftsführung ist sie von sich aus nicht zuständig.» (5. Aufl., S. 238.)

¹⁰⁾ a. a. O. S. 229.

¹¹⁾ OR 699.

der anderen Beschlüsse gefaßt werden, die den Kompetenzrahmen dieses Organs sprengen. Wir unterscheiden deshalb nicht unter den beiden Arten, sondern wenn von der GV die Rede ist, so kann es sich um eine ordentliche oder eine außerordentliche handeln.

IV. Der Generalversammlungsbeschluß, ein Mehrheitsbeschluß

Die GV ist die in gesetz- und statutengemäßer Form einberufene und ordnungsgemäß abgehaltene Versammlung der Aktionäre.¹²⁾ (Eine Ausnahme bildet die sog. Universalversammlung gemäß OR 701. Auch diese Versammlung kann über alle in die Kompetenz der GV fallenden Gegenstände beschließen. Es müssen aber *alle* Aktionäre bis zum Schluß der Versammlung anwesend sein, evtl. sich vertreten lassen, und es müssen sich alle mit der Abhaltung der Versammlung und mit der Behandlung der Traktanden einverstanden erklären.)¹³⁾ Nur hier können die Aktionäre im Gegensatz zum Vereinsrecht¹⁴⁾ ihren Willen in Gesellschaftsangelegenheiten äußern, und zwar in Form von Mehrheitsbeschlüssen. Ähnlich wie im Vereinsrecht¹⁵⁾ werden die Beschlüsse gefaßt und die Wahlen vorgenommen mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen. «Die absolute Mehrheit (d. h. die Hälfte plus eine Stimme) ist zu berechnen, nicht nur von den abgegebenen, sondern von allen an der GV vertretenen und stimmberechtigten Aktienstimmen.»¹⁶⁾

Es können aber in die Statuten Bestimmungen aufgenommen werden, wonach in bestimmten Fällen die GV nur mit qualifizierter Mehrheit Beschlüsse fassen kann.¹⁷⁾ Es ist dies der sogenannte fakultativ-notwendige Statuteninhalt.¹⁸⁾ Man will offenbar bei weittragenden Beschlüssen die Möglichkeit geben, die Interessen der Mitglieder nicht leichtfertig, vielleicht durch Abstimmungszufall aufs Spiel zu setzen; die Aktionäre wollen sich selber vor übereilten und unüberlegten Schritten schützen. Eine solche quali-

¹²⁾ Daß die GV von den dazu befugten Personen einberufen wird, daß die Einberufung so erfolgen muß, daß alle Aktionäre davon Kenntnis erlangen, daß die Einberufung aber auch zugleich einen Inhalt hat, der die Aktionäre in die Lage versetzt, zu erkennen, *welche* Gesellschaftsversammlung in Frage steht, ferner daß alle andern gesetzlichen und statutarischen Vorschriften über Einberufung und Abhaltung der GV erfüllt sind, wird vorausgesetzt, vgl. Gierke, *Jul.*, S. 210 ff. und vor allem Wieland, *Handelsrecht II*, S. 99.

¹³⁾ Schucany, *Art. 701*, N. 3.

¹⁴⁾ ZGB 66, Abs. 2.

¹⁵⁾ ZGB 67, Abs. 2.

¹⁶⁾ Schucany, *Art. 703*, N. 2.

¹⁷⁾ OR 627, Ziff. 11.

¹⁸⁾ Siegart, *Art. 627*, N. 1.

fizierte Mehrheit verlangt aber auch das Gesetz für bestimmte Beschlüsse, auf die wir später zu sprechen kommen werden.¹⁹⁾

Das Gesetz begnügt sich nicht nur mit einer qualifizierten Mehrheit, sondern verlangt bei einigen Beschlüssen eine qualifizierte Anwesenheit und zwar von $\frac{2}{3}$ aller Aktien. Sind in einer ersten GV diese $\frac{2}{3}$ nicht anwesend, d. h. ist die GV für die betreffenden Beschlüsse nicht beschlußfähig, so kann eine zweite GV einberufen werden, in der diese Beschlüsse gefaßt werden können, auch wenn nur $\frac{1}{3}$ sämtlicher Aktien vertreten ist. «Berücksichtigt wird also die Zahl der Aktien, nicht deren Nennwert oder deren Stimmkraft. In der so zusammengesetzten Versammlung müssen dann die zugunsten des Antrages abgegebenen, nach Gesetz oder Statuten anrechenbaren Stimmen gegenüber den ablehnenden oder leeren Stimmen die absolute Mehrheit ausmachen.»²⁰⁾ Da wir unten auf die einzelnen GV-Beschlüsse zurückkommen, erübrigt sich hier deren Schilderung.

§ 2

Die Beschlußfassung in den im Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen

Die GV ist das einzige Organ, durch das die Aktionäre ihre Herrschaftsrechte ausüben können. «Die GV ist grundsätzlich nur nach innen tätig»¹⁾, d. h. sie ist grundsätzlich von der Vertretung nach außen ausgeschlossen. (Eine Ausnahme von diesem «Grundsatz» kann im Bestellungsakt der übrigen Organe erblickt werden.) Gesetz und Statuten setzen die Kompetenzen der GV fest. «Die GV ordnet nur den inneren Lebensbereich der Gesellschaft, kann somit nicht in die Rechte Dritter, in Drittrechte der Aktionäre und in die dem Majoritätsprinzip nicht unterworfenen Mitgliedschaftsrechte, die sog. Sonderrechte oder wohlerworbenen Rechte, eingreifen.»²⁾

Das Gesetz (OR 698) weist der GV eine Reihe von «unübertragbaren Befugnissen» zu. Das will heißen, daß die GV diese Kompetenzen, die wir im

¹⁹⁾ Siehe hinten, S. 38.

²⁰⁾ Siegwart, Art. 649, N. 12. OR 703.

¹⁾ Wieland, Handelsrecht II, S. 89.

²⁾ Wieland, a. a. O. S. 97/98; ganz ähnlich v. Steiger, Das Recht der Aktiengesellschaften in der Schweiz, S. 193.

einzelnen nennen werden, keinem andern Organ übertragen darf. Auch eine von der GV sich selbst auferlegte Beschränkung in diesen Befugnissen ist ausgeschlossen.³⁾ Die Befugnisse sind:

I. Die Festsetzung und Änderung der Statuten

Die GV, also das verfassungsgebende Organ des Verbandes, ist ausschließlich zur Festsetzung der ursprünglichen und Änderung der einmal erlassenen Statuten zuständig. Die GV kann daher beispielsweise nicht den VR anweisen, inhaltliche Änderungen vorzunehmen. Hingegen scheint uns die Ansicht v. Steigers⁴⁾ richtig zu sein, daß dem VR redaktionelle Änderungen übertragen werden dürfen. Im übrigen jedoch entscheidet die GV *endgültig* über die Statuten, sofern die Spezialgesetzgebung keine Ausnahmen hiervon gestattet, z. B. Art. 7 BG über Bau und Betrieb der Eisenbahnen auf dem Gebiete der schweizerischen Eidgenossenschaft; Art. 2 Pfandbriefgesetz vom 25. Juni 1930; Art. 4 und 41 Verordnung vom 5. Februar 1935 über die Kreditkassen mit Wartezeit (Zitat nach v. Steiger).

II. Die Wahl der Verwaltung und der Kontrollstelle und deren Abberufung, OR 698 Ziff. 2 und 705

Wie in der Mehrzahl der Rechte ist die Wahl und Abberufung der Verwaltungsorgane alleinige Sache der GV.⁵⁾ Wir kennen demnach die sogenannte Kooptation nicht, wonach sich die Verwaltung selbst ergänzen könnte.⁶⁾ «Dagegen kann nach Art. 726, Abs. 1 OR einer Körperschaft des öffentlichen Rechtes — Bund, Kanton, Bezirk, Gemeinde — durch die Statuten das Recht eingeräumt werden, Vertreter in die Verwaltung und in die Kontrollstelle abzuordnen, auch wenn sie nicht Aktionär ist. Diese Verwaltungsräte, bzw. Revisoren, werden also nicht von der GV gewählt. Ist ein solches Recht einer Körperschaft des öffentlichen Rechtes durch die Statuten eingeräumt worden, so kann es den Charakter eines wohlerworbenen Rechtes haben und dann der Körperschaft nicht gegen ihren Willen entzogen werden (BGE 59 II 288 ff.).»⁷⁾

³⁾ BGE 59 II 282 ff.

⁴⁾ a. a. O. S. 184.

⁵⁾ Anmerkungsweise sei hier erwähnt, daß die Statuten oder ein Reglement nach unserem Recht den VR ermächtigen können, einen Direktor, der zweifellos dem Verwaltungsorgan zuzuzählen ist, zu ernennen; OR 717, Abs. 2.

⁶⁾ SJZ 26, S. 313; Burckhardt, Schweiz. Bundesrecht, Nr. 1523, V.

⁷⁾ v. Steiger, a. a. O. S. 194/95.

III. Die Abnahme der Gewinn- und Verlustrechnung, der Bilanz und des Geschäftsberichtes, sowie die Beschlußfassung über die Verwendung des Reingewinnes, insbesondere die Festsetzung der Dividende und des Gewinnanteils der Verwaltung.

Wie v. Steiger a. a. O. treffend bemerkt, handelt es sich hier, zusammen mit der Décharge-Erteilung an die Verwaltung um das Haupttraktandum jeder GV. «Hierin besteht ihr eigentlicher Anteil an der Geschäftsführung des Unternehmens.»⁸⁾ Kompetenzstreitigkeiten können sich natürlich auch hier ergeben; wir werden aber erst am Schluß der Arbeit auf die Konfliktregel zurückkommen und uns da mit dem einfachen Hinweis auf die durch das OR der GV zugeschienenen Befugnisse begnügen.

Im Gegensatz zum deutschen Aktienrecht kennt unser Gesetz den Aufsichtsrat nicht, das Organ, das die eigentlichen Geschäftsführer und Vertreter der Gesellschaft, den Vorstand, laufend zu beaufsichtigen hat. Es ist aber nicht zu bestreiten, daß auch bei uns ein Bedürfnis besteht, den VR nicht auf Jahre hinaus nach seinem Gutdünken allein schalten und walten zu lassen. Diesem praktischen Bedürfnis Rechnung tragend, hat der Gesetzgeber zwei Auswege geschaffen: Erstens haben, besonders größere Gesellschaften, die Möglichkeit — wovon auch reichlich Gebrauch gemacht wird —, die Geschäftsführung einzelnen Delegierten des VR zu übertragen, wobei dann die übrigen Verwaltungsräte mehr nur das Aufsicht ausübende Organ sind; oder die Geschäftsführung wird Dritten übertragen, die nicht Aktionäre, also auch nicht Verwaltungsräte zu sein brauchen.⁹⁾

Zweitens normiert der Gesetzgeber in Art. 698, Abs. 2, Ziff. 3, daß die GV die Gewinn- und Verlustrechnung, die Bilanz und den Geschäftsbericht abzunehmen habe. In casu ist nur dieser zweite Fall relevant. Diese Kompetenz der GV, die ihr übrigens auch unübertragbar zusteht¹⁰⁾, «schließt die Aufsicht über die Verwaltung in sich»¹¹⁾. Diese Ansicht wird noch durch die Bestimmung des Art. 721, Abs. 1 ergänzt, wonach die Befugnisse der Verwaltung in ihrem Verhältnis zur Gesellschaft sich nach dem Gesetz, den Statuten, dem Reglement und den Beschlüssen der GV richten. Zweifellos hat Schucany a. a. O. recht, wenn er behauptet, die GV übe die Aufsicht über die Verwaltung aus, und beim Lesen der zwei eben zitierten Gesetzes-

⁸⁾ v. Steiger, a. a. O.

⁹⁾ Art. 717 Abs. 2 .

¹⁰⁾ Unübertragbar schon aus dem Grunde, weil der VR nach Art. 722 Abs. 3 verpflichtet ist, die Gewinn- und Verlustrechnung und die Bilanz aufzustellen, die Geschäftsbücher usw. zu führen und er somit nicht selbst über deren Richtigkeit befinden, also Richter in eigener Sache sein kann.

¹¹⁾ Schucany, Art. 698, Nr. 5.

stellen wäre man geneigt anzunehmen, der schweizerische Gesetzgeber habe die Verwaltung zu einem gewöhnlichen, unselbständigen Exekutivorgan unter Führung und Aufsicht der GV herabdrücken wollen.

Auch Wieland ¹²⁾ wirft die Frage auf, ob der Vorstand, in unserem Fall der VR, der GV und den Aufsichtsorganen gegenüber die Wahrung einer gewissen, seiner Verantwortung und seiner unbeschränkten Vertretungsmacht entsprechenden Selbständigkeit beanspruchen kann. Die Frage sei zwar grundsätzlich zu verneinen. Er fährt dann weiter:

«Die GV und u. U. auch die Aufsichtsorgane können jederzeit den Vorstand abberufen oder auch nur suspendieren. Deshalb steht an und für sich nichts entgegen, daß der Vorstand zu einem unselbständigen, nur die Beschlüsse anderer Organe ausführenden Exekutivorgan herabgedrückt wird.»

Wieland verweist uns auf Lehmann ¹³⁾, Behrend ¹⁴⁾, Fischer ¹⁵⁾, Vivante ¹⁶⁾ und Staub ¹⁷⁾.

Alle diese Autoren anerkennen die GV als «oberstes Organ», anerkennen voll und ganz ihre Omnipotenz. Wir haben schon früher angedeutet, daß wir uns von dieser Meinung, die übrigens auch in der Schweiz bei Theoretikern und Praktikern stark verbreitet ist, distanzieren. (Näheres hierüber hinten S. 32.) Wenn wir zugeben, daß die GV eine Aufsicht ausübe, so heißt das noch lange nicht, daß der VR bloß ein unselbständiges Exekutivorgan sei. Dem steht auch der Art. 721, Abs. 1, *nicht* entgegen, der, wie später zu erörtern sein wird, die statutarischen Befugnisse der GV nicht berührt (siehe S. 62).

Damit ist auch schon gesagt, daß die Aufsicht der GV über die Verwaltung eine begrenzte ist. Es kann schon hier behauptet werden, daß es der GV untersagt ist, eine ständige, direkte Aufsicht über die Verwaltung auszuüben und nach Belieben in die Geschäftsführung einzugreifen. Hegt aber die GV Zweifel an der Geschäftsführung, so hat sie immer noch die Möglichkeit, die Abnahme der Gewinn- und Verlustrechnung, der Bilanz und des Berichtes zu verweigern, bzw. Auskünfte zu verlangen; sie kann die Décharge verweigern, die Verwaltung oder einzelne Mitglieder derselben abberufen,

¹²⁾ Handelsrecht II, S. 127.

¹³⁾ Das Recht der AG, S. 283.

¹⁴⁾ Lehrbuch des Handelsrechts, S. 847.

¹⁵⁾ Aktienrecht, S. 214.

¹⁶⁾ Trattato di diritto commerciale, N. 551.

Uns will scheinen, daß Vivante aber doch nicht so weit gehen will wie Wieland, wenn er a. a. O. sagt: « . . . Il consiglio di amministrazione, o l'unico amministratore, esprime ed attua la volontà sociale nel campo che gli è dato dalla legge, dallo statuto (!) o dell'assemblea . . . »)

¹⁷⁾ Komm. HGB, § 231, Anm. 7, Staub spricht a. a. O. vom Vorstand ausdrücklich wie Wieland von einem «Ausführungsbeamten des AR».

oder endlich, gemäß Art. 731, Abs. 2, besondere Kommissäre oder Sachverständige ernennen.

IV. Die Entlastung der Verwaltung.

Bei der Erwähnung der Kompetenz der GV zur Décharge-Erteilung an den VR gemäß Art. 698, Abs. 2, Ziff. 4, bedarf es vorläufig keiner weiteren Erläuterungen, daß diese Befugnis schon wesensgemäß gar keinem andern Organ als nur der GV zustehen kann. Eine Entlastung der Verwaltung durch die Kontrollstelle kommt schon deshalb nicht in Frage, weil der Inhalt des Décharge-Beschlusses eine Erklärung darüber ist, «daß für die betreffende Geschäftsperiode der Verwaltungs- und Aufsichtstätigkeit des VR von Seiten der AG gegen die entlasteten VR-Mitglieder keine Forderungsansprüche mehr eingeleitet werden»¹⁸⁾. Diese rechtsgeschäftliche Erklärung kann aber nur von der GV aus erfolgen, weil sie die AG vertritt und diese wiederum Auftraggeberin war. Zu einer weitergehenden Betrachtung des Entlastungsbeschlusses der GV — vorläufig geht es ja nur darum, zu zeigen, daß die GV von Gesetzes wegen diese Kompetenz eingeräumt erhalten hat —, wird sich unter der Perspektive der Verantwortlichkeit der Verwaltung in bezug auf Kompetenzüberschreitungen Gelegenheit geben (siehe hinten S. 49/50).

V. Die Beschlußfassung über die übrigen Gegenstände, die der GV durch das Gesetz oder die Statuten vorbehalten sind.

Wir können nur *die* Fälle nennen, in denen das Gesetz der GV die Befugnis zur Beschlußfassung zuweist. Für einige dieser Fälle bedarf die Beschlußfassung des gewöhnlichen für andere aber eines qualifizierten Mehrs; dritte wiederum erfordern eine qualifizierte Präsenz. Da wir hinten, S. 38/39 ff auf diese Fälle nochmals zu sprechen kommen, erübrigt sich hier eine Separatbehandlung. — Obwohl es OR 698, Abs. 2, Ziff. 5 nennt, wollen wir doch nochmals darauf hinweisen, daß unbedingt und unter allen Umständen auch jene Befugnisse unübertragbar sind, die der GV durch die Statuten vorbehalten wurden.

Die GV beschließt im einzelnen in folgenden Fällen: Die Verfügung über Bezugsrechte, OR 652; die Schaffung von Spezialreserven, OR 674, Abs. 2 und 3; die Erweiterung der Aufgaben der Kontrollstelle, OR 731, Abs. 1; die Ernennung besonderer Kommissäre und Sachverständiger, OR 731, Abs. 1; die Auflösung der Gesellschaft, OR 736, Abs. 2; die Wahl und Abberufung der Liquidatoren, OR 740; das Verbot der freihändigen Veräußerung von

¹⁸⁾ Biggel, Die Verantwortlichkeit des VR, S. 71/72 und BGE 51 II 70.

Aktiven bei der Liquidation, OR 743, Abs. 4; die Zustimmung im Falle der Auflösung ohne Liquidation: Fusion, OR 748 und 749; Übernahme durch eine Kommanditaktiengesellschaft, OR 750; die Verstaatlichung, OR 751 und die Umwandlung in eine GmbH, OR 824 bis 826. (Die Reihenfolge der einzelnen Vorgänge wurde aus «v. Steiger» übernommen.)

§ 3

Die Befugnisse des Verwaltungsrates

Die Kompetenzen der Verwaltung werden im Gesetz nicht einzeln genannt — dies würde bei der Mannigfaltigkeit ihrer Aufgabe viel zu weit führen und könnte in Anbetracht der Vielgestaltigkeit des wirtschaftlichen Lebens nie erschöpfend sein —, sondern es wird in erster Linie auf den Aufgabenkreis der GV hingewiesen. Art. 721, Abs. 2 teilt der Verwaltung die Kompetenz zu, über alle Angelegenheiten Beschluß zu fassen, die nicht der GV oder anderen Gesellschaftsorganen übertragen oder vorbehalten sind. Der Tätigkeitskreis der Kontrollstelle darf in unserem Rahmen unerörtet bleiben, derjenige der GV wurde im vorigen Paragraphen, soweit dies möglich war, den gesetzlichen Bestimmungen getreu genannt.

Eine generelle Umschreibung der Befugnisse und Pflichten und eine bis ins einzelne gehende Darstellung der rechtlichen Stellung des VR finden sich in einer Reihe von Lehrbüchern und Monographien ¹⁾. Das Gesetz ²⁾ behält es der GV vor, die Befugnisse des VR in den Statuten und in einem allfälligen Reglement weitgehendst zu umschreiben, wovon auch in der Praxis reichlich Gebrauch gemacht wird. Immer hängt die individuelle Ausgestaltung von den Verhältnissen der einzelnen Gesellschaften ab. Ob der VR eine Direktion ³⁾, ob er Prokuristen und andere Bevollmächtigte ⁴⁾ ernennen will, oder ob er die Vertretungsbefugnis auf einzelne beschränken will und vieles andere mehr, hängt von so vielen Faktoren ab, die bloß in jedem ein-

1) Wir erinnern an die Arbeiten von Gierke's, von Wieland, Th. Käslin, André Heß, Alfred Kolb u. v. m. Wir müssen uns beschränken, die Abgrenzung der Kompetenzen der beiden Organe generell zu umschreiben. Eine erschöpfende casuelle Kompetenzabgrenzung ist bei der Mannigfaltigkeit der Fälle praktisch unmöglich; wir werden im letzten Paragraphen im Zusammenhang mit der Konfliktregel auf einige der typischsten zurückkommen.

2) Art. 721, Abs. 1.

3) Art. 717, Abs. 1.

4) Art. 721, Abs. 3.

zelen Fall erfaßt werden können. Auf einzelne Konfliktsfälle werden wir später nochmals zurückkommen. Hier können wir lediglich darauf hinweisen, daß der VR alle der GV nicht zustehenden Befugnisse innerhalb der Gesellschaft innehält. Vorbehalten bleiben selbstverständlich die Kompetenzen der Kontrollstelle und der anderen eventuellen Organe.

Prinzipiell ist der VR das mit der laufenden Geschäftsführung und Vertretung betraute ordentliche Organ. Als solchem liegt ihm ob:

1. *Die Geschäftsführung nach innen.* Der VR hat die laufenden Geschäfte selbständig vorzunehmen, darüber hinausgehende, der Genehmigung der GV unterliegende Geschäfte vorzubereiten und auszuführen. «Was zu den laufenden Geschäften gehört, bestimmt sich nach Maßgabe des Statuts, der auf Grund des Statuts erlassenen Reglemente und im übrigen nach Maßgabe von Inhalt und Umfang des Unternehmens ...»⁵⁾

2. *Die Vertretung nach außen.* «Der Vorstand (VR) ist gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft. Als solcher nimmt er grundsätzlich die gleiche Rechtsstellung ein wie der Vertreter einer offenen Handelsgesellschaft. Er vollzieht als solcher sämtliche gerichtlichen und außergerichtlichen Handlungen, die nur der Prinzipal eines Geschäftes vornehmen kann. Sein Verhalten ist für die Gesellschaft maßgebend (Deliktsfähigkeit).»⁶⁾

5) Wieland, II, S. 127.

6) Wieland, a. a. O., S. 127/128.

§ 4

Die Omnipotenz- und die Organgleichheits- oder Paritätstheorie

Die *gesetzmäßigen Kompetenzen der GV* wurden genannt. Ebenso wurde dargelegt, daß die Verwaltung befugt sei, «über alle Angelegenheiten Beschlüsse zu fassen, die nicht der GV oder anderen Gesellschaftsorganen übertragen oder vorbehalten sind»¹⁾. Eine Verschiebung dieser Kompetenzen würde gegen das zwingende Recht verstoßen. Maßt sich die GV beispielsweise Kompetenzen an, die durch das Gesetz dem VR zustehen, so kann ein entsprechender Beschluß angefochten werden. Umgekehrt haftet der VR der Gesellschaft, den einzelnen Aktionären und den Gesellschaftsgläubigern gegenüber für jede Handlung, mit der er seinen gesetzlichen Kompetenzkreis über- oder unterschreitet.

Schwieriger gestaltet sich die Beurteilung der Sachlage bei den *statutenmäßigen Kompetenzen* beider Organe. Der Gesetzgeber regelt nicht immer die Zuständigkeit des einen oder anderen Organs, sondern überläßt es den Statuten oder einem Reglement, die Kompetenz zur Vornahme von Rechtshandlungen dem einen oder anderen Organ zuzuweisen. Darüber hinaus sind Fälle denkbar, die weder in das gesetzlich oder statutarisch erfaßte Zuständigkeitsgebiet der GV passen, anderseits aber auch nicht zur Vertretung oder Geschäftsführung gehören und trotzdem nur dem VR zustehen. In beiden Fällen (von größerer praktischer Wichtigkeit ist ersterer) fragt sich nun, ob es der GV als sogenanntem «obersten Organ» erlaubt sei, sich über die Satzung hinwegzusetzen und durch einen Beschluß in die Kompetenzsphäre des VR einzugreifen.

Solange man von der GV als dem «obersten Organ» spricht, fällt die Entscheidung dieser angeschnittenen Fragen immer zugunsten der GV aus, d. h. die GV kann die letzte Entscheidungsgewalt für sich beanspruchen, schon getroffene Anordnungen des VR diktatorisch durchkreuzen, immerhin natürlich nur im Bereiche der statutenmäßigen Kompetenzen. Es fehlt weder an Autoren noch an Gerichten, die der GV diese Primatstellung einräumen.

Schon weiter vorne und in anderem Zusammenhang haben wir der GV das Prädikat «oberstes Organ» abgesprochen; damit wollen wir sagen, daß

¹⁾ Art. 721, Abs. 2.

innerhalb der satzungsmäßigen Kompetenz jedes Organ dem anderen gleichberechtigt gegenübersteht. Das «oberste Organ» wird dadurch zum gewöhnlichen Organ degradiert, und mit Recht. Es soll nachher nochmals auf dieses Problem eingegangen werden, vorläufig führen wir ein Beispiel an, um die Lage zu veranschaulichen:

Die Statuten der AG ermächtigen den VR, die Geschäftsführung einem durch den VR gewählten Direktor zu übertragen.²⁾ Ein solcher Direktor wurde denn auch gewählt und in sein Amt eingeführt. Inzwischen hat ein Einzelaktionär die Mehrheit der Aktien erworben. Da dieser Einzelaktionär dem derzeitigen Direktor nicht gut gesinnt ist und jener selbst den Posten eines Direktors bekleiden möchte, ersucht er den VR, einen neuen Direktor zu wählen. Der VR leistet diesem Begehren keine Folge, weil er den Direktor als zur Geschäftsleitung gut qualifiziert hält. Daraufhin wird in der GV der Direktor abberufen unter gleichzeitiger Wahl des Hauptaktionärs zum neuen Direktor. Der VR ficht diese Wahl durch die GV an, da die Statuten der Gesellschaft die Kompetenz zur Abberufung und Wahl von Direktoren ausdrücklich dem VR vorbehalten. Die GV stellt sich auf den Standpunkt, daß es ihr, als «oberstem Organ», unbenommen bleiben muß, *statutenmäßige Befugnisse* des VR wahrzunehmen.³⁾

Fällt nun dieser Beschluß noch in die Zuständigkeit der GV, d. h. beruft sie sich mit Recht auf ihre Stellung als «oberstes Organ»? Die Stellung der verschiedensten Autoren zu dieser Frage ist uneinheitlich und die Gerichte, die ähnliche Fälle zu beurteilen hatten, haben keineswegs eine gleiche, einheitliche Stellungnahme bezogen. Je nach der Theorie, zu der man sich bekennt — Omnipotenz- oder Paritätstheorie —, wird das Urteil lauten. Anhänger der Omnipotenztheorie, nach der der GV in allen nicht gesetzlich geregelten Gebieten eine Vorrangsstellung eingeräumt werden soll, werden im obigen Beispiel der GV ohne weiteres das Recht belassen, den Direktor über den Kopf des VR, neu zu wählen; denn, so sagen sie, im Einzelfall kann die GV «an Stelle des durch die Satzung zur Beschlußfassung anderen Organs die Entscheidung selbst treffen, ohne daß die GV vorerst auf dem Weg der Satzungsänderung verwiesen würde»⁴⁾.

Die Anhänger der entgegengesetzten Richtung, der Paritätstheorie, können das Vorgehen dieser GV nicht billigen und schützen, weil der VR ein der GV ko- und nicht subordiniertes Organ ist und demnach seine statutenmäßig garantierte Zuständigkeit nicht durch andere Organe angetastet werden darf. Möchte die GV trotzdem in dieser Richtung etwas unternehmen, so bleibt

2) Art. 717, Abs. 2.

3) Vgl. Staub-Pinner, Komm. HGB, Band 2, S. 224, Anm. 16.

4) Schindler, S. 3.

ihr immer der Weg der Statutenänderung übrig, und hier wiederum ist sie allein zuständig.

§ 5

Die wirtschaftliche Wertung der Omnipotenz- und der Paritätstheorie

Vorgängig der rechtlichen Behandlung dieses ganzen Fragenkomplexes möchten wir hier kurz einige Gedanken über die wirtschaftliche Wertung der Theorien, also von einem Rentabilitäts-Standpunkt aus, äußern. Denn letzten Endes gipfelt jede wirtschaftliche Tätigkeit in der Frage: Rentiert diese Handlung oder nicht? Aufgabe des Gesetzes ist es dann, diesen — besonders bei Kapitalgesellschaften — ausgesprochenen Erwerbszweck in geordnete Bahnen zu lenken, um einerseits die Unternehmertätigkeit und -freudigkeit zu fördern, anderseits aber um Auswüchse und Mißstände zu verunmöglichen.¹⁾

Diesen Überlegungen hat unser Gesetzgeber in feinsten Weise Rechnung getragen, und es kann ihm deshalb nicht entgangen sein, daß nur eine straff geleitete Gesellschaft sich im Wirtschaftskampf bewähren wird. Wenn wir schon dargelegt haben, daß das OR, besonders der Art. 698 mit dem Begriff «oberstes Organ», das die GV sein soll, Mißverständnisse stiften kann, indem verschiedene Autoren in der GV das über andere souverän gebietende Organ sehen, so billigen wir immerhin insofern diesen Ausdruck, als der Gesetzgeber damit sagen wollte, daß der GV innerhalb der Gesellschaftsorganisation eine hervorragende Stellung zukommt; sie ist das verfassungsgebende Organ, «welchem nichts weniger als die Entscheidung über das rechtliche Schicksal der AG, über ihre Organisation und ihren Zweck zusteht»²⁾. Diese Stellung der GV ist aber keineswegs ein Freipaß für Übergriffe in die Machtsphäre der andern Organe, und zwar weder in die, welche statutenmäßig garantiert ist, noch in die, welche dem VR in seiner Eigenschaft als subsidiäres Organ zukommt. Auch ein Vergleich mit dem Staate zeigt, daß die GV ein mächtiges, aber nicht ein schrankenlos omnipotentes Organ ist. Es soll hier nicht das Schlagwort von der «aktienrechtlichen Demokratie» wieder eingeführt werden. Denn die AG ist unter andern Gesichtspunkten zu betrachten als der

1) Passov Richard, Die wirtschaftliche Bedeutung und Organisation der AG, bes. S. 13 ff.

2) Klausning, Gesellschaftsrecht, S. 735, § 54 I.

Staat. Da aber das Hin- und Hervergleichen einmal seine starken Blüten trieb, ja man sogar glaubte, dem Verwaltungs- und Staatsrecht subsidiäre Geltung im Aktienrecht zuerkennen zu müssen ³⁾ und im weiteren der bekannte Nationalökonom Sombart ⁴⁾ sogar behauptete, daß die AG ein Spiegelbild der modernen Demokratie sei, worin in der Fiktion das Volk herrsche, d.h. die Aktionäre, in Wirklichkeit ein kleiner Klüngel von Machthabern, der in der AG verschieden zusammengesetzt sei, so darf man uns einen diesbezüglichen Vergleich zubilligen.

Der Souverän, das Volk, ist nicht schrankenlos, sondern an seine sich selbst gegebene Verfassung gebunden. In der Verfassung sind die Kompetenzen der andern Staatsorgane fixiert, und es würde ein Verstoß gegen die Staatsverfassung darstellen, wollte ein Staatsorgan in die verfassungsmäßige Zuständigkeit des andern übergreifen.

Im gleichen Sinn ist die GV an die Gesellschaftsverfassung gebunden und die Ausübung der statutenmäßigen Befugnisse des VR durch die GV ist statutenwidrig und kann angefochten werden. ⁵⁾ Wie gesagt, die GV kann als «oberstes Organ» gelten, insofern sie Entscheidungen von weittragenderer Bedeutung für das Unternehmen faßt als die andern Organe. Im übrigen hat der Gesetzgeber ein eminentes Interesse daran, daß die Gesellschaftsform, die er kraft Gesetzes entstehen läßt, zum Nutzen der Wirtschaft und somit indirekt des ganzen Volkskörpers gereiche. Soll eine Gesellschaft den Existenzkampf in diesem Sinne bestehen, so ist unumgänglich, daß sie eine straffe Leitung besitze.

In erhöhtem Maß gilt dies von der AG. Straff und zielbewußt kann aber nur *die* Leitung sein, die keine Übergriffe durch andere Organe in ihre verfassungsmäßigen Kompetenzen befürchten und sogar noch dulden muß. Allein schon von diesem wirtschaftlichen Gesichtspunkt aus gesehen, sollte der Omnipotenztheorie der Boden entzogen werden.

Ebenfalls aus wirtschaftspolitischen Erwägungen kommen aber andere Autoren zum diametral entgegengesetzten Schluß. Als Beispiele seien Lieferschütz ⁶⁾ und Endemann ⁷⁾ genannt. Sie untermauern ihre Thesen vom «obersten Organ» und damit vom Eingriffsrecht der GV in die Machtsphäre anderer Organe durch den Hinweis, daß die GV die Versammlung der Ge-

³⁾ Staub-Pinner, a. a. O. § 256, Anm. 13.

⁴⁾ Sombart, Der moderne Kapitalismus, Band 2, S. 735. Reichel spricht in seinen Erläuterungen zum Urteil vom 3. Juni 1927 des OLG Hamburg in JW 56 (1927), S. 2299 ebenfalls davon, daß «der Aktienverein nach dem Vorbild der unmittelbaren Demokratie gestaltet sei».

⁵⁾ Gl. M. Reichel JW 1927, S. 2298 zu 10 B; derselbe in DJZ 1927, S. 367.

⁶⁾ JW.1927, S. 2298 zu 10 B, 5.

⁷⁾ Das Deutsche Handelsrecht, S. 556, § 119, 1.

sellschafter darstelle, «also derjenigen Personen, denen wirtschaftlich betrachtet, das Vermögen der Gesellschaft gehöre und deren gemeinsamen Zwecken die Gesellschaft zu dienen bestimmt sei». Kraft dieses Kapitals soll also die GV einen entscheidenden Einfluß auf die Verwaltung ausüben, soll mit diktatorischer Macht über die Gesellschaft regieren: Reine Omnipotenzlehre. Mit andern Worten hieße dies, daß die GV deshalb einen entscheidenden Einfluß ausüben soll, weil «in der Gesellschaft weniger ein Unternehmen mit wirtschaftlichem Eigenzweck als vielmehr ein Geschäftsbetrieb der Aktionäre selbst gesehen wird, bei dem die erlaubten Interessen der Mehrheitsaktionäre im Vordergrund der Betrachtung stehen». ⁸⁾

In der Praxis liegen die Dinge so, daß in der Regel die Verwaltungsräte selbst die Hauptaktionäre sind, oder dann zum mindesten mit den einzelnen Aktionären im guten Einvernehmen bleiben wollen. Trotzdem liegt es aber im ureigensten Interesse der Aktionäre, eine in ihrer Beschlußfassung freie Verwaltung zu haben, die nicht unter der Vormundschaft der GV steht; denn der Wohlstand der Aktionäre hängt vom Wohlstand der Gesellschaft ab. Daß diese aber nur unter einer starken Führung blühen kann, liegt auf der Hand.

Eine AG, deren Aktien den Schwankungen der Börse unterworfen sind, und die darum Konjunkturbewegungen empfindlich spürt, benötigt eine Leitung, die sich den stets wechselnden Verhältnissen anpassen kann und die in der Lage ist, rasche Entschlüsse zu fassen. Denn es ist eine Binsenwahrheit, daß im Wirtschaftsleben ein rasch gefaßter Entschluß in den meisten Fällen wertvoller ist, als ein lang ausgedachter besserer. Um dieses Verantwortungsbewußtsein zu heben und zu stärken, und um den wirtschaftlichen Weitblick des VR zu erhalten, muß ihm innerhalb seines Kompetenzkreises unbedingt die Selbständigkeit belassen werden. ⁹⁾ Damit soll keineswegs behauptet werden, der VR müsse auf eine absolute Unabhängigkeit von der GV hinzielen. Gewisse Rücksichtnahmen ergeben sich von selbst ¹⁰⁾, indem der VR, auch wenn er Hauptaktionär ist, auf die Minderheiten Bedacht nehmen muß, weil er der strengen Verantwortlichkeit untersteht und weil er, sofern er nicht Hauptaktionär ist, jederzeit abberufen werden kann. So wird ein kluger VR stets darnach trachten, seine Selbständigkeit zum Wohl und Gedeihen der Gesellschaft zu wahren, aber doch die Schranken, die seiner Machtsphäre gelegt sind, nicht zu durchbrechen.

⁸⁾ Schindler, S. 30.

⁹⁾ Schindler, S. 31.

¹⁰⁾ Art. 721, Abs. 1, wonach die Befugnisse des VR sich in ihrem Verhältnis zur Gesellschaft auch nach den Beschlüssen der GV zu richten haben, fällt hier außer Betracht, weil es sich um Zuweisung von Befugnissen außerhalb der Statuten handelt.

Auf die Minderheiten Bedacht nehmen, heißt deren wohlerworbene Rechte nicht antasten, ansonst jeder einzelne in seinem Recht Verletzter den Richter um Hilfe anrufen kann. Wohlerworbene Rechte können natürlich nicht nur den Minderheiten, sondern ebenso gut auch der Mehrheit entzogen werden; und diese Mehrheit ist selbstverständlich auch befugt, sich gegen die Antastung ihrer wohlerworbenen Rechte zu wehren. Praktisch ist dieser Fall aber bedeutungslos, denn, sollte die Verwaltung der Mehrheit der Aktionäre in unüberbrückbarem Zustand gegenüberstehen, so bleibt dieser Mehrheit der einfache Weg der Abberufung vorbehalten. In dieser Beziehung ist die Minderheit stark benachteiligt, denn ein VR (seien es alle oder nur einzelne Mitglieder), kann einzig durch einen Mehrheitsbeschluß der GV abberufen werden.¹¹⁾

Es fehlt nicht an Stimmen, die auf die Härten dieser Lösung schon nachdrücklich hingewiesen haben. So schlägt Wieland vor¹²⁾, daß der Kleinaktionär, der seine Interessen selbst wahrzunehmen willens und in der Lage ist, mit den nicht geschäftsführenden Teilhabern von Personengesellschaften von Rechts wegen zustehenden Machtmitteln auszurüsten sei. Das heißt, «jedem einzelnen Aktionär sei de lege ferenda das Recht einzuräumen, aus wichtigen Gründen die Verwaltung ihrer Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis durch Richterspruch entheben zu lassen».¹³⁾

Diese Lösung birgt viel Gutes in sich, besonders würde der Minderheitenschutz dadurch beträchtlich vervollkommen. Aber mit Recht weist Hagmann¹⁴⁾, S. 105 auf die eminenten Nachteile hin, die die Abberufung der Verwaltung durch eine neutrale Instanz in sich birgt. Nach einem Vergleich der Tätigkeit der Verwaltung mit derjenigen der Kontrollstelle, meint Hagmann, daß erstere weit mehr auf weite Sicht handle, daß das Programm ihrer Tätigkeit nicht wie dem Liquidator vorgeschrieben ist, «sondern bestimmt sich vorwiegend nach ihrer eigenen Initiative und Voraussicht. Dementsprechend wäre es für den Richter ungemein schwieriger, wichtige Gründe zur Abberufung der Verwaltung festzustellen, als dies bei der Abberufung von Liquidatoren der Fall ist.»

Im weiteren müßten auch neue Verwaltungsräte bestellt werden, und da würde sich die Macht der Großaktionäre nur wieder bemerkbar machen. Denn eine Neuwahl durch den Richter würde der Natur der AG als Körperschaft des Privatrechts widersprechen, weil «es die erste Voraussetzung zur privatrechtlichen Willensbetätigung der AG ist, daß die Organe, die diesen

11) Art. 705.

12) Handelsrecht, II, S. 117.

13) Vgl. Staub, Komm. HGB § 243, Anm. 8.

14) Das Mitwirkungs- und Eingriffsrecht des Richters.

Willen betätigen, durch privaten Willensakt bestellt werden»¹⁵⁾). Ebenso müßte es sich, wirtschaftlich gesehen, als ungünstig auswirken, wenn jeder Kleinaktionär gegen die Verwaltung ins Feld ziehen könnte, abgesehen von dem Umstand, daß es als Voraussetzung dazu einer größeren Auskunftspflicht vonseiten der Verwaltung bedürfte, von der noch zu sprechen sein wird.

Im übrigen bleibt, wie gezeigt wurde, der Mehrheit der Aktionäre der Weg der Abberufung der Verwaltung übrig. Und dieser Weg bleibt der GV *immer*, so oft es ihr beliebt, offen. Voraussetzung ist natürlich, daß formrichtig in einer GV beschlossen wurde, die richtig einberufen wurde, unter Angabe des Traktandums «Abberufung». Wenn, wie wir eben gesehen haben, allein die GV zuständig ist, Verwaltungsräte zu ernennen, so ist sie eben auch allein zuständig, den *contrarius actus* vorzunehmen. Die Stellung des VR ist getragen vom Vertrauen¹⁶⁾ der Gesellschafter, daß er die fremden Geschäfte richtig besorge. Ist aber dieses Vertrauen einmal verloren gegangen, so muß die GV die Möglichkeit haben, das Vertragsverhältnis sofort aufzuheben, *ohne* Kündigung, *ohne* Begründung und *ohne* den Ablauf des Geschäftsjahres oder der Amtsdauer abzuwarten.¹⁷⁾ «Das Recht zur Abberufung der Mitglieder der Verwaltung steht der Gesellschaft unverzichtbar zu. Statutenbestimmungen oder andere Vertragsklauseln, durch die die Gesellschaft zum voraus auf die Abberufung verzichtet, sind unwirksam.»¹⁸⁾ Dem Abberufenen bleiben Entschädigungsansprüche vorbehalten.¹⁹⁾

In der Regel wird der Verwaltungsrat nur wirtschaftlich vorteilhafte Entschlüsse fassen. Die Praxis zeigt uns allerdings, daß dem nicht immer so ist. Der VR mit einem kleinen Aktienpaket wird im Hinblick auf die Möglichkeit seiner Abberufung danach trachten, wirtschaftlich vorteilhafte Entscheidungen zu treffen. Dadurch enthebt sich bis zu einem gewissen Grad die Notwendigkeit der Übergriffe der GV in die Kompetenzen des VR. Ist der VR, einzeln oder als Kollegium selbst Groß- und Hauptaktionär, so kann mangels Stimmenmehrheit dieser Übergriff sowieso nicht stattfinden.

Es wurde vorne, Seite 16 behauptet, daß es im Interesse jedes einzelnen Aktionärs liege, eine in ihren Entschlüssen freie Verwaltung zu besitzen, um damit den Wohlstand des Unternehmens zu sichern. Ergänzend sei hier noch folgendes beigelegt: Den Gesellschaftsgläubigern, insbesondere den Banken,

15) Hagmann, a. a. O., S. 108.

16) A. Kolb, Die rechtliche Stellung der Mitglieder der Verwaltung, S. 76.

17) Kolb Alfred, a. a. O., S. 76 ff.

18) Kolb, Alfred, a. a. O. Pic, *Traité général du Droit commercial*, Bd. 2, N. 1118.

19) Art. 705, Abs. 2.

ist sehr daran gelegen, erstens einmal ihren Verhandlungspartner — und das ist der VR — persönlich zu kennen und das Vertrauen zu ihm zu gewinnen, und zweitens zu wissen, daß diese Personen, denen sie vertrauen, in ihrer Beschlußfassung unbeeinflußt und unabhängig sind. Müssen sie vor jeder geschäftlichen Anbahnung riskieren, daß die hinter dem VR sich verborgende anonyme Mehrheit noch ihr Machtwort spricht, würden nur zu leicht Zweifel entstehen, und der Faden würde abgerissen.

In diesem Zusammenhang soll noch eine letzte Frage erörtert werden, nämlich ob die Rücksicht auf die Wahrung des Geschäftsgeheimnisses nicht dringend geboten sei und zu einer Parität der Organe führen muß. Diese Rücksichten verbieten es oft dem VR, der GV Aufschlüsse zu erteilen. Mit umso größerer Berechtigung muß daher eine Mitverwaltung der GV verhindert werden.²⁰⁾

Von den zwei Arten von Geschäftsgeheimnissen, den absoluten und relativen ²¹⁾, fallen bloß die letzten hier in Betracht. Denn zu den absoluten gehören beispielsweise das Bankgeheimnis, Arztgeheimnis der Krankenkassen, die unter keinen Umständen preisgegeben werden dürfen. Die relativen Geschäftsgeheimnisse sind solcher Art, daß deren Wahrung im Interesse der Gesellschaft geboten ist. Allerdings kann nach Schweizer. Recht die GV oder der VR auf die Geheimhaltung verzichten und somit dem einzelnen Aktionär die Möglichkeit verschaffen, in Geschäftsbücher und Korrespondenzen Einsicht zu nehmen. Zu beachten ist jedoch, wie Piconi a. a. O. S. 67 mit Recht meint, daß das Recht des einzelnen Gesellschafters auf Orientierung dem höhern korporativen Interesse an der Geheimhaltung zu weichen hat.²²⁾

Es sei festgestellt, daß das Kontrollrecht der Aktionäre ein wohlverworbenes Recht ist²³⁾, daß aber neben diesem Recht auf Kontrolle das ebenso schutzwürdige Recht der Gesellschaft auf Wahrung des Geschäftsgeheimnisses besteht. Primär hat der Aktionär die Möglichkeit, seine Kontrolle durch Einsichtnahme in die Gewinn- und Verlustrechnung und die Bilanz mit Revisionsbericht usw. gemäß Art. 696 auszuüben. Genügt ihm dies nicht, und stellt er darüber hinaus Mängel fest, darf er die Kontrollstelle auf zweifelhafte Ansätze aufmerksam machen und Aufschlüsse verlangen; diese dürfen jedoch nur mit ausdrücklicher Ermächtigung der GV oder durch Beschluß der Verwaltung gestattet werden ²⁴⁾, denn Art. 730 verpflichtet die

20) Schindler, S. 31.

21) Piconi, a. a. O., S. 67.

22) Art. 697, Abs. 2.

23) Art. 697, Abs. 4 in Verbindung mit Art. 646.

24) Art. 697.

Revisoren zur Verschwiegenheit. Weigern sich GV und VR Auskunft zu erteilen, bzw. erteilen zu lassen, bleibt dem Aktionär subsidiär der Weg übrig, den Richter anzurufen. Immer aber, gehe der Aktionär zuerst zur Verwaltung und erhalte Auskunft, oder muß die Auskunftserteilung erst durch einen GV-Beschluß erreicht werden oder wenn ein richterliches Eingreifen nötig wird, immer steht die wirtschaftspolitische Forderung im Vordergrund: Durch die Auskunftserteilung darf das Geschäftsgeheimnis nicht verletzt werden, «dürfen die Interessen der Gesellschaft nicht gefährdet werden». ²⁵⁾

VR, GV und Richter müssen sich allerdings im klaren sein darüber, was unter «Interessen der Gesellschaft» verstanden werden muß. Abschließend läßt sich dies nur von Fall zu Fall bestimmen, wobei nicht außer acht gelassen werden darf, die Person des Fragestellers ebenfalls von Fall zu Fall zu berücksichtigen; so wird einem alten, treuen, zuverlässigen Aktionär leichter eine Auskunft erteilt werden, als einem neuen, den niemand recht kennt.

So viel ist gewiß, daß bloß das Unternehmen, nicht die Privatinteressen der Gesellschafter vor den Gefahren einer Indiskretion zu bewahren sind. ²⁶⁾ Zusammenfassend sei nochmals festgestellt: Der Gesetzgeber postuliert — wenn auch in bescheidenem Rahmen — den Unternehmensschutz. Unternehmensschutz schließt den Begriff der Wahrung der Interessen der Gesellschaft, mithin des Geschäftsgeheimnisses in sich. Wie anders kann dieses Geschäftsgeheimnis bewahrt werden, als durch eine starke Verwaltung, die vor Übergriffen durch die GV geschützt ist?

Wir dürfen demnach zum Schluß feststellen, daß diese wirtschaftlichen Erwägungen uns in unserer Auffassung bestärken, daß eine AG nur dann blühen und Bestand haben kann, wenn die statutenmäßigen Kompetenzen des VR unangetastet bleiben. Es geht auch nicht an,

«ein wirtschaftliches Interesse der Aktionärschaft an der Beeinflussung der den Verwaltungsorganen verfassungsmäßig zustehenden Geschäftsbliogenheiten nur um deswillen herzuleiten, weil die Aktionäre der Gesellschaft Kapital zur Verfügung gestellt haben. Es geht nicht an, dieses Kapital, nach dem es Grundkapital geworden ist, noch ausschließlich mit seinen ursprünglichen Eignern, nämlich den Aktionären, in Verbindung zu bringen.» ²⁷⁾

Denn dieses Kapital gehört nun der Gesellschaft und nicht mehr jedem einzelnen. Und gereicht es der Gesellschaft zum Nutzen, so profitiert jeder Aktionär davon. Denn der Wohlstand der Aktionäre ist mit dem Wohlstand der Gesellschaft aufs engste verknüpft.

²⁵⁾ Art. 697, Abs. 3.

²⁶⁾ Hagmann Werner, Das Mitwirkungs- und Eingriffsrecht des Richters im Bereiche der AG, S. 51.

²⁷⁾ Schindler, S. 31, 32.

Die Stellungnahme der Gerichte

Eigenartigerweise hatte sich das Bundesgericht ein einziges Mal mit dem vorliegenden Problem direkt zu befassen. Nicht daß es an Fällen fehlte, da die Kompetenzausscheidung zwischen GV und VR eine — und zwar wichtige — Rolle spielte, aber in den weitaus meisten Fällen ergab sich die Problemstellung im Zusammenhang mit Anfechtungsklagen gemäß Art. 706, wobei die Kompetenzabgrenzung nur beiläufig erwähnt wurde. Ein einziges Mal wurde hingegen die Frage geprüft, ob die GV berechtigt sei, in die statutenmäßigen Kompetenzen des VR einzugreifen. Dementsprechende kantonale Urteile sind uns ebenfalls nicht bekannt.

Wir sind daher gezwungen, nach ausländischen Urteilen Umschau zu halten, und da begegnen wir Ausführungen deutscher Gerichte, vor allem des Reichsgerichts, die sich mit den hier zur Diskussion stehenden Fragen befassen. Die Stellungnahme dieser Gerichte ist einigermaßen einheitlich, wenn wir vom Reichsoberhandelsgericht absehen. Dieses vertrat noch die Auffassung, die GV sei die *Prinzipalin* aller Verwaltungsorgane und als solche die Verkörperung der Gesellschaft, und sie sei «auch die Inhaberin alleiniger freier Willensbestimmung, nur beschränkt durch die den Gesellschaftern als solchen nach der Grundlage des Gesellschaftsvertrages zugesicherten und ohne deren Zustimmung nicht zu brechenden oder zu verkürzenden Rechte»¹⁾.

Wir zitieren im folgenden kommentarlos die entscheidenden Stellen aus einigen Urteilen, in denen die Auffassung dominiert, daß die GV an die Statuten gebunden sei.

Am 13. Oktober 1894 hatte sich das Bundesgericht i/S. Nordostbahn gegen Dr. Ryf und Konsorten (BGE 20, S. 940 ff) mit der Frage der Kompetenzabgrenzung zu befassen. Die Statuten der Nordostbahn räumten dem VR die Befugnis ein, Anleihen von längerer Dauer kraft Ermächtigung der GV abzuschließen, so wie die Entscheidung über das Tracé neuer Bahnstrecken. Der Abschluß von neuen Anleihen war somit nicht Sache der GV. An diese und noch andere Statutenbestimmungen hat sich die GV nicht gehalten, worauf eine Minderheit Klage auf Anfechtung des Beschlusses einreichte.

Das Handelsgericht des Kantons Zürich, das erstinstanzlich über die Sache zu urteilen hatte (Urteil vom 6. Juli 1894), führte folgende bezeichnende Erwägung an: «Aus dem der Gesamtheit der Aktionäre als Geschäftsherren

¹⁾ ROHG 11, S. 125.

zustehenden allgemeinen Prüfungsrecht ergebe sich die Befugnis der GV, als des obersten Organs der AG, von allen Maßnahmen der für die Verwaltung bestellten Gesellschaftsorgane Kenntnis zu nehmen, bzw. darüber Aufschluß zu verlangen. Allein diese Befugnis erstreckt sich nicht darauf, daß die GV solche Verwaltungsmaßregeln, die von ihr nicht gebilligt werden, von sich aus rückgängig machen oder durch andere ersetzen könne; die in den Statuten getroffene Kompetenzausscheidung unter den Gesellschaftsorganen sei in striktem Sinne aufzufassen, es sei daher nicht etwa das jeweiligen höhere Organ (der VR gegenüber der Direktion und die GV gegenüber jenem) befugt, in die den untergeordneten Organen zugewiesenen Kompetenzen einzugreifen, oder sich dieselben anzumaßen.» (!)

Dazu bemerkt das Bundesgericht (a. a. O. S. 951, Erw. 7), der einzelne Aktionär unterwerfe sich durch seinen Beitritt dem Willen der Gesellschaftsorgane auf Grund der vom Gesetz vorgeschriebenen Statuten. Diese enthalten die nach Gesetzesvorschrift unerläßliche Verfassung der Gesellschaft, «welche nicht nur die einzelnen Aktionäre, sondern auch die Organe der Gesellschaft bindet. Der einzelne verzichtet durch seinen Beitritt auf die Ausübung seines Einzelwillens zugunsten des durch die Gesellschaftsorgane zum Ausdruck kommenden Willens der übrigen nur nach Maßgabe des Inhaltes der Statuten, und daher ist er auch nur insofern an die Gesellschaftsbeschlüsse gebunden, als dieselben in der von den Statuten vorgeschriebenen Form und innerhalb der durch dieselben festgesetzten Kompetenzen gefaßt werden.» Es sei im übrigen ohne Bedeutung, daß die Statuten durch die Mehrheit abgeändert werden können, denn dadurch werde das Recht auf Beobachtung derselben nicht berührt.

In Erw. 9 wird sodann ausdrücklich festgestellt, daß die dem VR statutarisch zustehende Entscheidung über das Tracé neu zu erbauender Bahnstrecken niemals von der GV für sich in Anspruch genommen werden dürfe. Das BGer setzt sich mit diesem Urteil unzweideutig für die Lehre der Parität ein. Soweit wir sehen, ist dieser Entscheid in der Judikatur heute noch unbestritten.

In einem Entscheid vom 3. Juni 1927 ²⁾ hatte das Reichsgericht sich mit der Frage zu befassen, ob die Satzung einer AG das Recht zur Bestellung und Abberufung des Vorstandes dem Aufsichtsrat zu eigener, ausschließlicher Zuständigkeit übertragen könne, so daß es zur Ausübung dieses Rechts durch die GV einer Änderung der Satzung bedürfe. Abgesehen von der ersten Bestellung des Vorstandes bei der Gründung ³⁾ enthält das HGB keine Vorschrift über die Bildung des Vorstandes, seine Ernennung kann

²⁾ RGZ 117, S. 203 ff.

³⁾ § 190 HGB.

also ohne weiteres durch die Satzung dem Aufsichtsrat übertragen werden, wie dies in der Praxis von den meisten Satzungen vorgesehen ist. Wenn schon dem Aufsichtsrat das Ermessen eingeräumt wird, über den Bestand des Vorstandes zu entscheiden, so schließt dies auch das Recht zu seiner Abberufung in sich, da «auch die Abberufung des Vorstandes eine Obliegenheit ist, die nach § 245, Abs. 3 HGB dem Aufsichtsrat übertragen werden kann».⁴⁾

Das Gericht verweist im weiteren auf einen grundlegenden früheren Entscheid, RGZ 43, S. 286, in welchem ausgeführt wurde, daß, soweit die Zuständigkeit der drei Organe der AG — Vorstand, Aufsichtsrat und GV — gesetzlich geregelt ist, sie *gleichberechtigt* nebeneinander stehen, und die GV sei, obwohl sie den Gesamtwillen der Aktionäre verkörpere, nicht befugt, die Obliegenheiten der andern Organe wahrzunehmen oder an sich zu ziehen, Obliegenheiten, die diesen zur eigenen ausschließlichen Zuständigkeit übertragen sind. Und in gleichem Sinne fährt dann der spätere Entscheid fort:

«Denn autonom für den Kreis ihrer Angelegenheit ist die Gesellschaft, nicht die GV als körperschaftliches Organ. Durch welche Organe sich die autonome Regelung der Gesellschaftsangelegenheiten vollzieht, bestimmen Gesetz und Satzung, an welche alle Organe gebunden sind. Und wenn im Schrifttum und in der Rechtsprechung vielfach die Wendung gebraucht worden ist, die GV sei das *oberste Willensorgan* der AG, so ist dies nur in dem Sinne richtig, daß ihrer Beschlußfassung die *für das Bestehen und Gedeihen der Gesellschaft wichtigsten Maßnahmen vorbehalten* sind. Die GV kann sich daher da nicht betätigen, wo sie sich durch die Satzung der Gesellschaft selbst beschränkt hat, es sei denn, daß sie durch Änderung der Satzung auf dem dafür gesetzlich oder satzungsgemäß vorgeschriebenen Wege ihre Zuständigkeit erweitert.»

Das HGB hat darauf verzichtet, die Bestellung und Abberufung des Vorstandes der ausschließlichen Zuständigkeit der GV vorzubehalten, andererseits gestattet es in § 246, Abs. 3, die Erweiterung der gesetzlichen Obliegenheiten des Aufsichtsrates. Aus der Gestaltung des Aktienrechts ist somit kein Grund ersichtlich, der es verbieten könnte, daß diese Rechte dem Aufsichtsrat durch die Satzung zur eigenen und zwar ausschließlichen Zuständigkeit übertragen werden. Die Auffassung der Vorinstanz, so führt das Reichsgericht weiter aus, ist irrig, «daß die Übertragung der Rechte an andere Organe zur ausschließlichen Zuständigkeit gar nicht erfolgen könne, also immer nur als eine Bevollmächtigung durch die GV aufgefaßt werden dürfe, derart, daß es ihr als der Machtgeberin jederzeit freistehen müsse, die Ausübung dieser Rechte an Stelle des Bevollmächtigten selbst in die Hand zu nehmen, «weil die eigentliche Trägerin dieser Rechte die GV sei».

⁴⁾ RGZ a. a. O., S. 205/206.

«Der Aufsichtsrat handelt als bestellendes Organ nicht kraft einer Vollmacht der GV, sondern *leitet seine Befugnis und seine Obliegenheit aus dem autonomen Grundgesetz der Gesellschaft her*, an das sich die Gründer gebunden haben und an das auch die GV gebunden ist.»

Ganz ähnlich argumentiert das Reichsgericht noch an andern Orten. Einmal in dem schon erwähnten Entscheid 43, S. 286, ferner 63, S. 305 und 106, S. 260. Überall wird strikte festgestellt, daß ein Eingriffsrecht der GV in die satzungsmäßigen Kompetenzen der andern Organe unzulässig sei. Eingehender begründet ist allerdings bloß das oben teilweise zitierte Urteil. In den andern Entscheidungen wird die GV noch als «oberstes Organ» angesprochen, aber nur in dem Sinne, «als die für das Bestehen und Gedeihen der AG wichtigsten Maßnahmen ihrer Beschlußfassung vorbehalten seien». ⁵⁾ Wir wollen aber nochmals festhalten, daß Aufsichtsrat und Vorstand ihre Kompetenzen nicht von der GV ableiten, sie handeln also nicht kraft einer Vollmacht der GV, sondern sie entnehmen unmittelbar dem Grundgesetz der Gesellschaft ihr Recht.

§ 7

Die Stellungnahme der Wissenschaft

I. Die Vertreter der Omnipotenz-Theorie.

Es gibt viel mehr Anhänger der Omnipotenztheorie als man dies annehmen beliebt. Besonders die schweizerische Literatur — vielleicht teilweise irregeführt durch den Ausdruck «oberstes Organ» in Art. 698 und Art. 721, Abs. 1, wonach die Kompetenzen des VR sich auch nach den Beschlüssen der GV zu richten haben —, aber auch viele deutsche Autoren stellen sich auf den Standpunkt, daß die GV in allen Belangen der Gesellschaft souverän herrschen, d. h. sie in die statutenmäßigen Kompetenzen des VR eingreifen dürfe. Eine Begründung hierzu fehlt zwar meistens; die Autoren begnügen sich mit dem Hinweis auf die Ausdrucksweise des OR, die, wie schon ausgeführt wurde, äußerst gewagt ist.

Die Anhänger der Omnipotenz-Lehre untereinander stehen aber auch nicht auf der gleichen Stufe; es gelingt hier, verschiedene Richtungen in bezug auf das Ausmaß des Eingriffs zu unterscheiden. ¹⁾ Nicht immer steht

⁵⁾ RGZ 43, S. 286.

¹⁾ Schindler, S. 5 ff.

expressis verbis geschrieben, daß der GV ein Eingriffsrecht in die statutenmäßigen Kompetenzen zustehe, aber der Sinn des Gesagten läßt hierüber keinen Zweifel. Wenn beispielsweise Wieland ²⁾ schreibt, der VR sei bloß noch ein Exekutiv-Organ der GVn, so kann damit nichts anderes gemeint sein, als daß die GV in jedem Fall Beschlüsse fassen kann, die vom VR strikte auszuführen sind. Wir haben bei Wieland, sowie bei den andern noch zu erwähnenden Autoren immer das Eingreifen in die statutenmäßigen Kompetenzen des VR im Sinn. Der VR wird zum bloßen Statisten herabgedrückt. Man denke bloß an die unmöglichen Folgen dieser Konzeption.

Wenn der VR bei jedem Akt der Geschäftsführung fürchten muß, daß die GV — ungeachtet der statutarischen Ermächtigung des VR — zur Vor- nahme dieses oder jenes Geschäftes über den Kopf des VR anders beschließt, so wird er sich hüten, mehr als nur das allernotwendigste Maß an Geschäftsrüchtigkeit zu entfalten. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß der VR gemäß Art. 721, Abs. 1, an die Beschlüsse der GV gebunden ist. Zudem wäre, wie wir in § 11 noch genau zeigen werden, bei Kompetenzüberschreitung durch die GV der VR verpflichtet, dauernd die betreffenden GV-Beschlüsse anzufechten. An diese Pflicht, bei deren Unterlassung sich der VR verantwortlich machen kann, sofern ein Schaden entsteht, haben u. E. die Autoren zu wenig oder gar nicht gedacht. Von dieser, zugegebenermaßen etwas verwirrenden Bestimmung des Art. 721, haben sich offenbar eine ganze Reihe von Autoren beeinflussen lassen. Der nicht minder gewagte Ausdruck von «oberstem Organ» mag das seine dazu beigetragen haben.

In der Schweiz ist die Meinung, die GV sei das schrankenlos herrschende souveräne Organ, fest verwurzelt, so daß sehr oft diese Ansicht bedeutender Autoren von anderen als feststehende und erwiesene Tatsache übernommen wurde. Teilweise ist diese Stellungnahme allerdings historisch zu erklären.³⁾ Bewiesen ist jedoch die Machtstellung der GV nirgends, es wäre dies auch unmöglich.

Ebenfalls auf dem Boden Wielands stehen Schucany⁴⁾, Kolb (Die rechtliche Stellung der Mitglieder der Verwaltung, S. 20) und Wolfers (Die Verwaltungsorgane der AG, S. 16).

Kolb führt auf der soeben angeführten Seite 20 aus:

«Die GV der Aktionäre ist nach Art. 643 (alt) OR das oberste Organ der AG. Die Verwaltung ist also nach gesetzlicher Norm der GV untergeordnet.»

Eine weitere Begründung fehlt.

²⁾ Handelsrecht II, S. 127.

³⁾ Gierke, Genossenschaftstheorie und Rechtssprechung, S. 691 ff.

⁴⁾ Art. 721, Nr. 1.

Es ist nicht ohne weiteres ersichtlich, wo R. Ensslin ⁵⁾ einzureihen ist. Einmal (S. 62) spricht er mit Horowitz (S. 30), die GV sei innerhalb des Gesetzes und der Statuten souverän. Sie habe ein Recht Dummheiten und Willkürlichkeiten bis zur Grenze der Schikane und des Verstoßes gegen die guten Sitten zu begehen. An anderer Stelle, S. 64, spricht Ensslin davon, daß jeder rechts- und statutenwidrige Beschluß anfechtbar sei. Daß die Verwaltung verpflichtet sei, diesen Beschluß anzufechten, steht allerdings nicht; Ensslin dürfte deshalb unter die hier besprochene Gruppe der Omnipotenztheoretiker einzuteilen sein.

Etwas ausführlicher erklärt Cosack ⁶⁾ seine Stellungnahme. Er spricht davon, daß das Gesetz oder die Satzung ein für allemal gewisse Angelegenheiten der Entscheidung der GV vorbehalten habe («notwendige Tätigkeit der GV»), namentlich die Wahl und Absetzung der Aufsichtsratsmitglieder, die Bilanzfeststellung usw. In allen andern Fragen kann sie selber aus *eigener Machtvollkommenheit* die Entscheidung an sich ziehen und Vorstand wie Aufsichtsrat mit *bindenden Weisungen* versehen («freie Tätigkeit der GV» ⁷⁾). Diese bindenden Weisungen entsprechen ziemlich genau unserem Art. 721, wonach auch die GV beschließen kann, was der VR tun und was er lassen soll. Es handelt sich hier um eine sogenannte Dienstanweisung. Interessant ist dann allerdings, daß Cosack an anderer Stelle, a. a. O., S. 741, im Zusammenhang mit der Anfechtung von GV-Beschlüssen davon spricht, daß der Vorstand Organ der Gesellschaft, nicht der GV sei, und daß er eine Vergewaltigung der Gesellschaft durch die GV nicht dulden dürfe. Im gleichen Sinne äußert sich Brodmann, Aktienrecht, S. 222. Wir dürfen wohl sagen, daß die zwei letzteren den schweizerischen Autoren am nächsten kommen, denn ihre «bindenden Weisungen», die sie dem VR erteilen wollen, entsprechen ganz dem, was größtenteils aus dem Art. 721 herausgelesen wird. Dabei wird vielfach übersehen, daß es sich um außerstatutarische Befugnisse handelt. F. v. Steiger ⁸⁾ spricht ebenfalls ausdrücklich von bindenden Weisungen:

«Die Zuständigkeit der GV ergibt sich aus dem Gesetz, namentlich aus dessen zwingenden Vorschriften und den Statuten. Das Gesetz bezeichnet die GV in Art. 698, Abs. 1 OR als das oberste Organ, weil sie berufen ist, die anderen Organe (VW und KST) zu bestellen und abzuberufen, diese also von ihr abhängig sind. Sie kann ihnen bindende Weisungen erteilen.»

⁵⁾ Das Recht auf Anfechtung.

⁶⁾ Lehrbuch des Handelsrechts, S. 87.

⁷⁾ Cosack, a. a. O.

⁸⁾ Das Recht der Aktiengesellschaften, S. 193.

Eine andere Richtung hingegen, vertreten von Staub-Pinner⁹⁾, Makower¹⁰⁾, Friedländer¹¹⁾ (wohl auch Silbernagel¹²⁾) gestattet der GV eine unmittelbare Beschlußfassung in den dem Aufsichtsrat durch die Satzung übertragenen Angelegenheiten *neben* dem Aufsichtsrat.

Von den «bindenden Weisungen» ist es allerdings nur mehr ein kleiner Schritt bis zu dieser Kompetenzanmaßung. Die schweizerischen Autoren sind auch hier wieder schwer zu klassifizieren. Denn einmal haben wir nirgends gelesen, daß klar und eindeutig Stellung bezogen wurde für die eine oder andere Auffassung und zum anderen wird auf den Begriff «oberstes Organ» abgestellt, sowie auf den Art. 721, Abs. 1. Somit bleibt die Frage immer noch offen, ob die GV nur bindende Anweisungen erteilen oder ob sie Kompetenzen neben dem VR wahrnehmen kann, die statutenmäßig letzterem zustehen.

Zum Schluß wollen wir noch eine dritte Richtung nennen, die allerdings nur in Deutschland irgendwelche Bedeutung besaß; es sind die Extremisten unter den Omnipotenztheoretikern, vielleicht die konsequentesten Vertreter ihrer Lehre, und — was sie von den andern vorteilhaft unterscheidet — sie versuchen, die Lehre von der Omnipotenz der GV juristisch zu begründen. Für eine solche Begründung sind wir ihnen um so mehr dankbar, als auch ihre Gegner, also die Paritätstheoretiker, sich keineswegs immer die Mühe nahmen, ihre Lehre zu beweisen; sondern sie bekannten sich nur instinktiv zu dem unserer Ansicht nach Richtigen. Es soll ja eben die Aufgabe vorlie-

⁹⁾ 2. Band, S. 224, § 231, Anm. 16: «Ist dem Aufsichtsrat das Recht der Bestellung und des Widerrufs übertragen, so will das OLG Hamburg (OLGR 2, S. 462), der GV das Recht nehmen, selbst Beschlüsse hierüber zu fassen. Mit Unrecht, denn die GV ist die letztentscheidende Instanz, die über dem Organ steht; sie ist befugt, alles zu tun, was nicht nach dem Gesetz ausschließlich andern Organen überlassen ist. Ebenso, wie sie den Aufsichtsrat absetzen kann, muß man folgerichtig aus ihrer Begriffsbestimmung als oberstem Organ schließen, daß sie auch berechtigt ist, das zu tun, was an sich nach der Satzung dem Aufsichtsrat obliegt, soweit es sich nicht um gesetzliche Befugnisse dieses Organs handelt. Ein Recht einzelner Aktionäre, den Widerruf durch einstweilige Verfügung aussprechen zu lassen, gibt es nicht.»

¹⁰⁾ Handelsgesetzbuch, 1. Band, S. 656, § 250, IV b.

¹¹⁾ Konzernrecht, S. 278, und Aktienrecht, S. 141, § 250, Anm. 1: «Sie, (die GV) kann alles bindend beschließen, was ihrer Zuständigkeit nicht durch Satzungen entzogen ist; sie ist in allen Fällen zuständig, in denen nicht gesetzlich ein anderes Organ berufen ist. Sie ist aber auch dann zuständig, *wenn die Satzung einem andern Organ bestimmte Befugnisse zuweist*, es sei denn, daß die Satzung dies ausdrücklich ausschließt oder es sich um Aufgaben handelt, die mit dem Wesen eines andern Organs unlöslich verknüpft sind.»

¹²⁾ Die Gründung der AG, S. 266, «Die GV beschließt über die Statutenänderung ... und andere ihr vom Gesetz überwiesene Gegenstände, die das Statut ihr zuweist, oder die ihr Gesetz und Statut nicht ausdrücklich entziehen und einem andern Gesellschaftsorgan zuweisen.»

gender Arbeit sein, für schweizerische Verhältnisse die Organgleichheitstheorie aus dem Feld der Behauptungen herauszuheben.

Viel wesentlich Neues bringt zwar diese dritte Richtung auch nicht, denn bei näherer Betrachtung bleibt das Resultat immer ungefähr dasselbe: Der VR ist gehemmt und seine selbständige Beschlußfassung wird davon abhängig gemacht, ob die GV dem VR im einzelnen Fall eine freie Entscheidung zugestehen will oder nicht.¹³⁾ Für den einzelnen VR sollte diese Lehre allerdings insofern einen persönlichen Vorteil bedeuten, als damit die Enthebung von einem großen Risiko verbunden ist. Nämlich dadurch, daß wenn die GV an Stelle des VR Beschlüsse faßt, letzterer von seiner Verantwortlichkeit und Haftbarkeit entbunden wird. Allein, hier sind wir anderer Meinung. Wir betrachten es als eine der aktienrechtlichen Grundlagen der Paritätstheorie, daß der VR sich nicht seiner Verantwortlichkeit entziehen darf, indem er Übergriffe der GV in seine statutarischen Kompetenzen duldet. (Näheres hierüber siehe S. 44.) Damit wollen wir eben zeigen, daß auch im schweizerischen Recht der VR keineswegs nur ein Exekutiv-Organ ist, sondern vielmehr seine eigene Verantwortlichkeit immer bewahrt.

Als Exponenten dieser dritten Richtung der Omnipotenztheorie nennen wir Lieferschütz.¹⁴⁾ Die Wahrnehmung, der durch die Satzung dem Aufsichtsrat eingeräumten Kompetenzen durch die GV sei, so führt er aus, eine Zurücknahme der Kompetenz, gleichsam also der *contrarius actus* zur Satzungsfestsetzung. Immerhin macht er den Vorbehalt, daß, wenn ausdrückliche Satzungsbestimmungen ein Eingriffsrecht verbieten, die GV ein Eingriffsrecht nicht mehr besitze. Lieferschütz übersieht eben, daß die einzelnen Organe ihre Kompetenzen nicht von andern Organen herleiten, sondern unmittelbar aus der einmal gegebenen Verfassung. Im Grunde genommen konzipieren ja alle Omnipotenz-Theoretiker diese Auffassung, denn was anderes kann gemeint sein, wenn Wieland von einem «reinen Exekutiv-Organ» spricht? Oder Staub-Pinner¹⁵⁾ ausführte, die GV sei «die letztentscheidende Instanz, die über den Organen steht. Sie ist befugt, alles zu tun, was nicht nach dem Gesetz ausschließlich andern Organen überlassen ist?» Lieferschütz gestattet einen Eingriff der GV auch dort, wo es sich um Aufgaben handelt, die mit dem Wesen des Aufsichtsrates unlöslich verknüpft sind. Welche aber solche Aufgaben sind, dürfte in einer GV, die selbst handeln will, schwer zu bestimmen sein. Im weitesten Rahmen ist schließlich alles Geschäftsführung, und diese gehört sicher nicht zum Aufgabenkreise einer GV.

¹³⁾ Schindler, S. 6.

¹⁴⁾ In J.W. 1927, S. 2298, zu 10 B.

¹⁵⁾ Band 2, S. 224, Anm. 16.

Ähnlich wie Lieferschütz argumentiert Horowitz, Das Recht der GVn der AG, S. 14, Anm. 12, der ausführt:

«Die statutarische Zuständigkeit der GV bedeutet nicht etwa eine Zuständigkeit, welche die GV durch das Statut erhält, denn gesetzlich ist die GV als oberstes Organ für jede Gesellschaftsangelegenheit zuständig, die ihr nicht durch das Gesetz entzogen ist. Die statutarische Zuständigkeit der GV besagt vielmehr nur, daß letztere *an Stelle* und unter Ausschluß sonst zuständiger Gesellschaftsorgane eintritt.»

Handeln an Stelle sonst statutarisch zuständiger Organe heißt aber, der GV die Priorität einräumen.

II. Die Vertreter der Organgleichheits- oder Paritätstheorie.

Die Zahl derer, die sich zu der Paritätstheorie bekennen, ist groß. — Sozusagen keiner hat sich aber mit dem Problem intensiver befaßt, derart, daß er für die Lehre einen schlüssigen Beweis geliefert hätte. Dies ist allerdings verständlich, wenn man bedenkt, daß das vorliegende Problem immer im größeren Zusammenhang erörtert wurde, oft sogar nur anmerkungsweise. Es tut dabei nichts zur Sache, daß gelegentlich auch hier vom «obersten Organ» gesprochen wird, wobei die GV gemeint ist¹⁶⁾, denn mit diesem Begriff soll nur die hervorragende Stellung der GV gekennzeichnet werden, der die Entscheidung über das rechtliche Schicksal der AG zustehe¹⁷⁾. Im übrigen finden sich immer mehr oder weniger die gleichen Wendungen, wobei einmal auf die Entwicklung der GV hingewiesen wird¹⁸⁾, ein andermal ein Vergleich mit dem Staat gezogen wird¹⁹⁾, um die Parität zu untermauern.

Wir nennen in der Folge einige schweizerische und ausländische Autoren, die unsere Fragen aber nur gestreift haben, wobei ihre Stellungnahme eindeutig ist; eine Beweisführung sind sie uns jedoch schuldig geblieben. Viele beziehen sich auf das Urteil des OLG Hamburg, vom 10. 4. 1901, in welchem der GV die Omnipotenz zugesprochen wurde. So führt Goldmann, Handelsgesellschaft und stille Gesellschaften § 182, Nr. 4 a, b, aus:

«Ist durch den Gesellschaftsvertrag dem Aufsichtsrat das Recht der Bestellung des Vorstandes eingeräumt, so ist die GV zur Kündigung eines Vorstandsmitgliedes nicht berechtigt (vgl. OLG Hamburg vom 10. 4. 1901).»

In ähnlichem Sinne äußert sich Biggel, die Verantwortlichkeit der Verwaltung, S. 81/82:

¹⁶⁾ v. Gierke, Genossenschaftstheorie und deutsche Rechtssprechung S. 691.

¹⁷⁾ Klausning, Gesellschaftsrecht in, Die Handelshochschule, Lieferung 60, S. 735, § 54, I.

¹⁸⁾ Simon, Die Bilanzen der AG, S. 16 ff.

¹⁹⁾ Reichel, JW. 1927, S. 2298 zu 10 B.

«Die GV hat sich in ihren Entschlüssen im Rahmen von Gesetz und Statuten zu bewegen. Der VR ist verpflichtet, darüber zu wachen und bei Verletzung dieser Vorschriften die GV darauf hinzuweisen. Dem VR bleibt auch die Rolle der exekutiven Instanz für GV-Beschlüsse, ein eigener Wille, der ihn einer Verantwortlichkeit fähig macht. Als Gesellschaftsorgan hat der VR ... dafür zu sorgen, daß die Geschäftsgebarung der AG im Rahmen von Gesetz und Statuten verläuft. Er hat daher jeden Beschluß, der ihm von der GV zur Ausführung überwiesen wird, auf seine Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen, denn wenn auch die GV in ihrer Eigenschaft als oberstes Organ der AG dem VR Weisungen erteilt, so dürfen sich diese keineswegs über die vom Gesetz gezogenen Schranken hinwegsetzen.»

Biggel hat sich noch nicht vollständig von den omnipotenztheoretischen Anschauungen losmachen können, darf aber unbedenklich auf die Seite der Anhänger der Paritätslehre gesetzt werden. Allerdings hat er es unterlassen, die weiteren Konsequenzen zu ziehen, um festzustellen, daß der VR sich dann haftbar macht, wenn er einen statutenwidrigen Beschluß nicht anfecht.²⁰⁾

Die gleichen Anschauungen vertreten auch Ring im Bankarchiv Nr. 16, S. 323, und Reichel in JW. 1927, S. 2298 zu 10 B, ferner in der DJZ 1927, S. 367.

Da wir schon früher auf Otto v. Girke verwiesen haben, wollen wir seine paritätstheoretischen Ausführungen auch hier nochmals wiedergeben. Er schreibt in der Genossenschaftstheorie, S. 690, Anm. 1:

«... desgleichen steht auch dem Aufsichtsrat der AG ein gesetzlicher Wirkungsbereich zu, den die GV nicht schmälern kann und innerhalb dessen er selbständig und unter eigener Verantwortung als unmittelbares Vereinsorgan fungiert ...»

Im gleichen Sinne äußert er sich im «Deutsches Privatrecht», 1. Band, S. 503, § 65:

«Der gültige Versammlungsbeschluß erscheint regelmäßig als souveräne Äußerung des körperschaftlichen Gemeinwillens und heißt daher auch Körperschaftsbeschluß. Innerhalb der körperschaftlichen Lebenssphäre ist sein Machtbereich nur insoweit eingeschränkt, als nach der Körperschaftsverfassung die Zuständigkeit der Mitgliederversammlung durch die Zuständigkeit anderer Organe begrenzt wird. Grundsätzlich endet sein Machtbereich da, wo die körperschaftliche Lebenssphäre selbst endet.»

Hermann Veit Simon stellt sich in verschiedenen Schriften ganz energisch auf den Boden der Paritätslehre, und zwar liefert er uns für seine Stellungnahme auch einige kürzere Erläuterungen. So führt er in seinem Buch über die Bilanzen der AG und der Kommanditgesellschaften auf Aktien, S. 16/17, § 5, aus:

²⁰⁾ Siehe hinten S. 58.

«Die weitgehende Zuständigkeit, welche die GV bezüglich der Bilanzgenehmigung hat, entspricht weder der tatsächlichen Bedeutung der GV noch dem Umfang der Grundlagen, welche ihr nach Maßgabe des Gesetzes für ihre Beschlüsse zu Gebote stehen.

Im allgemeinen spielen sich auch noch heute, trotz aller gesetzlicher Bestrebungen, die GV unter Ausschluß jeder allgemeinen Teilnahme ab. Die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates erscheinen mit befreundeten Aktionären, welche zuweilen mühselig herangezogen werden, damit nur ein Entlastungsbeschluß — bei welchem Vorstand und Aufsichtsrat sich der Stimme enthalten müssen — gefaßt werden kann. Und im allgemeinen ist es gut so. Denn Vorstand und Aufsichtsrat sind die einzigen, welche rechtlich und moralisch verantwortlich sind; sie müssen mit ihrem Namen und ihren Vermögen für ihre Handlungen, ja für die AG eintreten; sie kümmern sich dauernd um die Interessen der Gesellschaft, während der GV-Gänger, wenn er überhaupt wahrhafter Eigentümer einer Aktie ist, sie gestern gekauft haben kann und vielleicht morgen weiter verkauft. Wenn die GV sich als Aktionärparlamente auftun und den Gesellschaften auf Grund des weit verbreiteten, aber rechtlich und tatsächlich unhaltbaren Dogmas von der ‚Omnipotenz der GV‘ eine parlamentarische Regierung aufzwingen würden, so würden an Stelle der zielbewußten, verantwortlichen Organe, schwankende Mehrheiten wechselnder unverantwortlicher Aktionäre treten und die Gesellschaft würde darunter gewiß selbst am meisten leiden.»

In seinem Aufsatz in der DJWZ 1904, S. 778 ff. stellt sich Simon neuerdings entschieden auf den Boden der Paritätslehre und er verurteilt insbesondere die These des Reichsgerichts in seinem Entscheid vom 3. Mai 1902, wonach Vorstand und Aufsichtsrat verpflichtet wären, bei wichtigen, kostspieligen, riskanten und deshalb das Interesse der Aktionäre in besonderem Maße berührende Unternehmungen die Einwilligung der GV einzuholen. Jedes Organ sei nur innerhalb seiner Zuständigkeit souverän, führt Simon fort. Selbst ein Grundsatz, wonach die GV in allen Fällen zuständig sei, in welchen nicht gesetzlich ein anderes Organ fungiere, existiere für die AG nicht und sei auch entwicklungsgeschichtlich nicht zu rechtfertigen, da den GVn erst allmählich und stückweise bestimmte Rechte, insbesondere auch bezüglich der Bilanz eingeräumt wurden.

Ähnlich wie Simon, vielleicht aber nicht so konsequent, äußert sich Fischer in der JW 1926, S. 644 zu 14. Er verweist hauptsächlich auf seine Ausführungen in Ehrenbergs Handbuch, 3. Band, I. Abt., S. 215, wo er vor allem die Ansicht Staubs widerlegt, der der GV Kompetenzenanmaßungen zugedacht hat, nur weil diese das «oberste Organ» sei und über den andern stehe, indem sie sie wählt und abberuft.

Die eigene Auffassung

Nach all dem in den vorhergehenden Paragraphen Gesagten hat sich unsere eigene Auffassung schon klar kristallisiert. An Hand des positiven Rechts soll im folgenden noch nachgewiesen werden, daß wir unsere Auffassung nicht nur einem wirtschaftlichen Opportunitätsgedanken verdanken, sondern daß auch der schweizerische Gesetzgeber einen Eingriff der GV in die statutenmäßigen Kompetenzen der andern Organe nicht dulden wollte. Wir sind uns dabei bewußt, daß er durch den Ausdruck «oberstes Organ» manche Unklarheit geschaffen hat, dies aber bestimmt ungewollt.

Unsere eigene Auffassung geht, wie abschließend noch genauer gezeigt wird, dahin, daß jedem Organ seine *gesetzliche* — eine Selbstverständlichkeit — und seine *statutarische* Kompetenzsphäre unangetastet bleiben muß. Darin inbegriffen der Kompetenzkreis, der dem VR durch ein Reglement zugeschrieben ist. Eingriffe der GV in die Befugnisse des VR dürften einzig und allein auf dem Wege der Statutenänderung erfolgen. Hierzu ist, wie auf S. 5 ff. gezeigt wurde, nur die GV zuständig. Wir lehnen die Theorie von der Prinzipalin der AG, womit die GV gemeint ist, ab. Jedes Organ schöpft seine Befugnisse *unmittelbar* aus dem Gesetz, den Statuten und allenfalls aus dem Reglement; nicht die GV verleiht dem VR Rechte und Pflichten, sondern einzig Gesetz und Verfassung, auf deren Grund der einzelne überhaupt Aktionär geworden ist.

Wenn wir bei der wirtschaftlichen Wertung der beiden Theorien aus ökonomischen Gründen bedenkenlos und aus Überzeugung dafür eintraten, daß dem VR im Verkehr mit Dritten ein möglichst weiter Spielraum belassen werde, so haben wir doch nicht übersehen, daß diese Regelung gewisse Gefahren für die Sicherheit des Rechtsverkehrs in sich birgt. Unsere Meinung geht nicht dahin, den VR zum Despoten der Gesellschaft zu machen. Die Fälle finden sich leider aber nicht selten, daß der VR und dessen Präsident im besonderen versuchen, die Meinung der GV über das zulässige Maß hinaus zu beeinflussen. Ob sich der VR hierdurch, gemäß Artikel 754 ff. verantwortlich macht, bleibt Tatfrage. Solche Fälle darf man nicht unterschätzen und noch weniger befürworten.

Um ihnen zu steuern bleiben zwei prinzipielle Wege offen: Entweder man stattet die GV mit einer vermehrten Machtfülle aus, macht also den VR zum reinen Exekutiv-Organ, wie dies auch schon vorgeschlagen wurde, oder man unterstellt den VR einem außergesellschaftlichen, staatlichen Aufsichtsorgan. Beide Lösungen lehnen wir ab, da deren Nachteile die Vorteile nicht aufzuwiegen imstande sind.

Die erste Lösung heißt Omnipotenz der GV. Abgesehen davon, daß dies nach positivem Recht gesetzeswidrig wäre, müßte sie dem VR jede Verantwortungsfreudigkeit nehmen und den geschäftlichen Verkehr aufs empfindlichste hemmen; ist doch die GV bei ihrer bunten Zusammensetzung, und da sie relativ selten zusammentritt, gar nicht in der Lage, den Gang der Dinge zu beurteilen.

Die Ablehnung der zweiten erwähnten Lösung ist weltanschaulich bedingt. Ihre Analyse führte uns in ein politisches Gebiet, das im Rahmen einer Dissertation nicht zur Diskussion stehen darf.

Schwieriger gestaltet sich die Lage bei *konkurrierender statutenmäßiger Kompetenz der beiden Organe*. Hier eine Abgrenzung der Befugnisse zu finden, kann nur auf dem Wege der Statutenauslegung erfolgen. Eine generelle Regelung dieser Frage ist unmöglich. Vielmehr müssen in diesem Fall, je nach der Sachlage, die berechtigten Gesamtinteressen ins Auge gefaßt werden, um zu einer gerechten, dem höheren korporativen Interesse dienenden Lösung zu gelangen.

DIE GESETZLICHEN GRUNDLAGEN DER PARITÄTSTHEORIE

§ 9

Die personenrechtlichen Grundlagen

Art. 65 Abs. 1 und 69 ZGB.

Zu Beginn der Betrachtung über die gesetzlichen Grundlagen der Paritätstheorie wollen wir auf eine Bestimmung aus dem Vereinsrecht aufmerksam machen, nämlich auf den ersten Absatz des Art. 65 ZGB. Es heisst dort:

«Die Vereinsversammlung beschließt über die Aufnahme und den Ausschluß von Mitgliedern, wählt den Vorstand und entscheidet in allen Angelegenheiten, die nicht andern Organen des Vereins übertragen sind.»

Auf den letzten Passus kommt es in unserem Fall besonders an. Die Frage darf immerhin aufgeworfen werden, ob die Bestimmungen über Vereine für eine aktienrechtliche Studie zu Hilfe gezogen werden dürfen. Wir wollen die Frage nicht abschließend beantworten, da hiefür eine eingehendere Untersuchung nötig wäre, die außerhalb des uns gestellten Themas liegt, glauben aber annehmen zu dürfen, daß der eben zitierten gesetzlichen Bestimmung auch für unsern Fall eine wichtige Bedeutung beizumessen ist. (vgl. Art. 7, Einleitung ZGB).

Der Gesetzgeber drückt hier klipp und klar aus, daß die Zuständigkeit der Vereinsversammlung nur dann gegeben ist, wo die verschiedenen Kompetenzen nicht andern Vereinsorganen übertragen wurden. Es steht nichts von den gesetzlichen Kompetenzen. Das heisst, die Vereinsversammlung hat nicht nur dann eine subsidiäre Zuständigkeit in allen Vereinsangelegenheiten, wenn keine gesetzlichen Kompetenzen der andern Organe entgegenstehen, sondern die Versammlung kann sich durch die Statuten selbst beschränken und ist dann an die Beschränkung strikte gebunden.

Noch deutlicher kommt dieser Grundsatz in Art. 69 ZGB zum Ausdruck, d. h.:

«Der Vorstand hat das Recht und die Pflicht, nach den Befugnissen, die die Statuten ihm einräumen, die Angelegenheiten des Vereins zu besorgen und den Verein zu vertreten.»

Wir können uns der Meinung von Egger¹⁾ nicht anschließen, wenn der Kommentator sagt, daß es der Vereinsversammlung zustehe, auch *innerhalb* der Statuten der Tätigkeit des Vorstandes die Wege zu weisen. Wenn er a. a. O. fortfährt mit der Feststellung, «sie (die Versammlung) erläßt die erforderlichen Reglemente, faßt Beschlüsse von grundsätzlicher Bedeutung», so kann dieser Satz nur den Sinn haben, daß die Vereinsversammlung autoritär in die Rechte des Vorstandes einzugreifen befugt sein soll. Diese Meinung verträgt sich aber unserer Ansicht nach nicht mit der vom Gesetzgeber formulierten Bestimmung in Art. 65, Abs. 1. So korrigiert sich der Kommentator allerdings mit der Feststellung, daß «alles Nähere der Regelung durch die Statuten überlassen sei». Mit diesem Satz dürfte sich Egger auf die Seite der Paritätstheoretiker schlagen, sofern dieser Ausdruck auf das Vereinsrecht übertragen werden darf.

Nach diesem einleitenden Hinweis auf das Vereinsrecht möchten wir anhand von rein aktienrechtlichen Bestimmungen noch zeigen, daß das schweizerische OR auf dem Boden der Paritätstheorie steht, trotz einiger dieser Behauptung anscheinend widersprechenden gesetzlichen Bestimmungen.

Es sei allerdings zugegeben, daß im OR die Paritätslehre nicht so rein zum Durchbruch gelangt, wie beispielsweise im deutschen HGB. Auf omnipotenztheoretische Ueberlegungen, die im geltenden Recht ihren Niederschlag gefunden haben, wird noch hingewiesen, insbesondere auf den Art. 721 OR. Wir wollen aber jetzt schon darauf aufmerksam machen, daß es eben dieser Artikel ist, der oftmals zu Trugschlüssen Anlaß gegeben hat. So wird der Omnipotenzcharakter der GV daraus hergeleitet, daß die Verwaltung an die Beschlüsse der GV gebunden sei, daß also mit anderen Worten die GV auch in die statutenmäßigen Rechte des VR eingreifen darf. Dabei handelt es sich hier um eine sogenannte Dienstanweisung, ein Gedanke, der eigentlich gar nicht zum vorliegenden Thema gehört. Wir werden später nochmals darauf zurückkommen. (Siehe hinten S. 62.)

§ 10

Die aktienrechtlichen Grundlagen der Paritätstheorie

I. Einleitung

Es wurde in verschiedenen Zusammenhängen schon des öfters bemerkt, daß die Vertreter der Omnipotenztheorie sich auf den Standpunkt stellen, die GV sei deshalb das oberste Organ, weil sie die Verkörperung der Gesell-

¹⁾ Komm. Personenrecht, N. 6 zu Art. 65.

schaft darstelle¹⁾), oder es wird die Begriffsbestimmung als oberstes Organ daraus hergeleitet, daß die GV dasjenige Organ sei, das die anderen Organe ernennt und abberuft.²⁾ Ein weiterer Beweis wird in der Regel nicht geliefert. Es bleibt somit zu untersuchen, ob der Gesetzgeber der GV wirklich eine solche Vormachtstellung einräumen wollte und eventuell eingeräumt hat.

Zu Beginn der vorliegenden Arbeit wurden die gesetzlichen Kompetenzen der GV gesamthaft genannt. In einem andern Abschnitt konnten wir uns darauf beschränken zu sagen, daß der VR alle andern Kompetenzen wahrnehme, die nicht der GV, die Kontrollstelle ausgenommen, vorbehalten sind. Schon von einem rein formalen Standpunkt aus gesehen, erhellt, daß es der Gesetzgeber nicht der Willkür überlassen hat, welches Organ die verschiedenen Kompetenzen des Verbandes wahrzunehmen hat. — Eine Binsenwahrheit. Jedermann ist sich darüber im klaren, daß die GV nicht in die gesetzlichen Kompetenzen des VR regelnd eingreifen darf. Da ist also kein Zweifel möglich, daß der Gesetzgeber der GV nur einen Teil der gesellschaftsrechtlichen Befugnisse übertragen hat. Von einer unbeschränkten Souveränität darf demnach nicht mehr gesprochen werden.

Mit dieser Feststellung dürfen wir uns aber nicht begnügen, vielmehr muß anhand des positiven Aktienrechtes nachgewiesen werden, daß die GV auch nicht in die *statutenmäßigen* Kompetenzen des VR eingreifen darf. Die wirtschaftspolitischen Ueberlegungen dürften noch nicht genügen, ebenso dürfte die vorne besprochene personenrechtliche Bestimmung für sich allein auch nicht ausreichen, unsere Stellungnahme zu untermauern. Für das deutsche HGB sind, inspiriert durch die in unserer Arbeit berücksichtigten deutschen Entscheide, zahlreiche Untersuchungen durchgeführt worden, wie dies für die Schweiz ebenso nötig gewesen wäre. Wenn wir uns in mancher Beziehung an ausländische Vorbilder anlehnen³⁾), so fehlen, unseres Wissens, die entsprechenden Hinweise auf das schweizerische Recht.

II. Deutsches Recht

Das deutsche HGB steht noch reiner auf dem Boden der Paritätstheorie als unser OR. § 274, Abs. 1 HGB bestimmt, daß die Abänderung des Gesellschaftsvertrages nur durch die GV beschlossen werden könne. Soweit stimmen die beiden Gesetzbücher überein. Doch fährt dann das HGB, § 275, Abs. 1, weiter:

«In Ermangelung einer andern Bestimmung des Gesellschaftsvertrages bedürfen die in § 274, Abs. 1 bezeichneten Beschlüsse der GV einer Mehrheit, die mindestens drei Viertel des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt.»

¹⁾ Schindler, S. 14/15.

²⁾ Schucany, Art. 698, N. 2; Wieland, Handelsrecht II, S. 98.

³⁾ z. B. Schindler, Hueck, Horowitz, u. a. m.

Wenn man im weiteren den § 246, Abs. 3 HGB liest, daß die weiteren Obliegenheiten des Aufsichtsrates durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt werden, (und nicht wie bei uns durch die Statuten, Reglemente und GV-Beschlüsse) so mußten die deutschen Autoren, so vor allem Schindler⁴⁾ allein auf diesen Umstand hinweisen, um die Paritätslehre nachzuweisen. Unserer Ansicht nach vollständig richtig führt Schindler a. a. O. aus, der Gesetzgeber habe hier mit klaren Worten kundgetan, daß in Ermangelung einer anderen Satzungsbestimmung die GV den beiden andern Organen nur mit einer qualifizierten Mehrheit Kompetenzen übertragen könne, daß sie aber auch die einmal überlassenen Befugnisse dem Aufsichtsrat nur mit einer ebenso großen Mehrheit wieder entziehen dürfte.

«Diese Bestimmungen können in ihrem Verhältnis zueinander doch nur den Zweck verfolgen, den Einfluß der bei gewöhnlichen GV-Beschlüssen ausschlaggebenden *einfachen* Mehrheit auf die den beiden andern Organen durch die Satzung übertragenen Kompetenzen auszuschalten. Die einfache Mehrheit der Aktionäre soll also in der Selbstverwaltung der AG erst dann wieder eine dominierende Stellung erhalten, wenn auch die qualifizierte Mehrheit durch eine entsprechende Satzungsänderung die Entscheidung in die Hände der einfachen GV-Mehrheit zurückgelegt wissen will. Welcher Sinn könnte sonst diesen gesetzlichen Regeln beigemessen werden, wenn zwar die satzungsmäßigen Kompetenzen als solche dem Aufsichtsrat und dem Vorstand nur durch eine qualifizierte Mehrheit entzogen werden könnten, es im übrigen aber schon einer einfachen Mehrheit freistünde, die Ausübung dieser Kompetenzen nach ihrem Belieben zu beeinflussen, oder selbst Beschluß darüber zu fassen. Es kann nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber mit diesen Bestimmungen lediglich das formelle Zuständigkeitsrecht der Aufsichtsrats- und Vorstandsmitglieder vor einer Beeinträchtigung durch die einfache GV-Mehrheit habe schützen wollen, während es im übrigen in seiner Absicht gelegen habe, das materielle Kompetenzausübungsrecht dem Einfluß der einfachen GV-Mehrheit zugänglich zu machen. Denn hätte der GV das Recht belassen werden sollen, mit einfacher stiller Mehrheit die Beschlußfassung über die den andern Organen zugewiesenen Funktionen an sich zu ziehen, so wäre es nicht einzusehen, weshalb es nicht schon der einfachen Mehrheit möglich sein sollte, die Satzung in entsprechender Weise abzuändern, da sie ohnehin bei dauernder Beeinflussung das Kompetenzausübungsrecht der beiden andern Organe gegenstandslos machen könnte, was praktisch einer Zuständigkeitsausschließung gleichkäme.

Durch die vom Gesetzgeber getroffene Bestimmung, daß in Ermangelung einer andern Satzungsvorschrift eine Abänderung des Gesellschaftsstatuts nur mit einer mindestens drei Viertel des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals erfolgen darf, sollte vielmehr zum Ausdruck gebracht werden, daß nach einer durch die Satzung erfolgten Zuweisung von Kompetenzen an ein anderes Organ die GV nur noch insofern mit der abgegebenen Kompetenz irgendwelche Berührungspunkte hat, als sie auf Grund einer neuen Satzungsänderung dieselbe wieder an sich zu ziehen vermag. Bis dahin hat sich die GV jeder Einflußnahme auf die in der Satzung niedergelegte Kompetenz zu enthalten. Eines besonderen Anspruches dieser Folge bedurfte es nicht, da die Grundgedanken, welche zu der in den Paragraphen 246, Abs. 3, 274 Abs. 1, 275 Abs. 1 HGB erfolgten Normierung geführt haben, diese Folge notwendigerweise in sich schließen.»

4) S. 18 ff.

III. Schweizerisches Recht

Aehnlich dem § 274, Abs. 1 HGB überträgt OR 698, Abs. 2, Ziff. 1 der GV die unübertragbare Befugnis, Statutenänderungen vorzunehmen. Doch fehlt bei uns das Korrelat zu § 274, Abs. 1 HGB, wonach der Statutenabänderungsbeschluß einer qualifizierten Mehrheit, allenfalls Präsenz bedarf.

Unser Art. 703 sagt:

«Die GV faßt ihre Beschlüsse und vollzieht ihre Wahlen, soweit das Gesetz oder die Statuten es nicht anders bestimmen, mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen.»

Dies scheint unsere Behauptung, das OR stehe prinzipiell auf dem Boden der Paritätslehre, Lügen zu strafen, umsomehr, wenn wir die weitere Bestimmung des Art. 721 Abs. 1 ins Auge fassen, wonach die Befugnisse der Verwaltung sich in ihrem Verhältnis zur Gesellschaft auch nach den Beschlüssen der GV zu richten haben. Denn nach den eben zitierten Gesetzesbestimmungen kann die GV mit einem gewöhnlichen Mehrheitsbeschluß, wobei allerdings das absolute und nicht das relative Mehr gefordert wird, in die statutarischen Befugnisse des VR regelnd und abändernd eingreifen.

Doch macht der Gesetzgeber selber wichtige Einschränkungen, die unzweideutig auf die Paritätslehre weisen, und kraft deren wir unsere bisherigen Behauptungen glauben untermauern zu können.

1. Auszugehen ist wiederum von Art. 703, Darnach faßt die GV ihre Beschlüsse nur insoweit mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen, als das Gesetz oder die Statuten es nicht anders bestimmen. Vorläufig wollen wir nur den ersten Ausnahmefall beleuchten, nämlich die durch das *Gesetz* gebotenen Ausnahmen. Es ist unerheblich, ob die Beschlüsse, die als Ausnahmen angesprochen werden, eine qualifizierte Präsenz oder Mehrheit erfordern. Wir können uns damit begnügen, die einzelnen Fälle zu nennen, ohne ihre rechtlichen Aspekte weiter zu verfolgen:

Die Beschlüsse über die Sacheinlagen, Uebernahme von Vermögenswerten und Gründervorteile⁵⁾; die Umwandlung des Zweckes der Gesellschaft, Beseitigung statutarischer Einschränkungen der Beschlußfassung und Einführung von Stimmrechtsaktien⁶⁾; die Erweiterung des Geschäftsbereiches, Verengerung, Fusion und die weiteren Fälle des Art. 649; die Ausgabe von Vorzugsaktien oder die Abänderung oder Aufhebung der den Vorzugsaktien eingeräumten Vorrechte⁷⁾; und die Ausstellung von Genuß-Scheinen⁸⁾. Teil-

⁵⁾ Art. 636.

⁶⁾ Art. 648.

⁷⁾ Art. 655.

⁸⁾ Art. 658.

weise ist also bei diesen Beschlüssen eine qualifizierte Mehrheit, teilweise eine qualifizierte Präsenz erforderlich, wobei abweichende statutarische Bestimmungen möglich sind.

Anscheinend haben diese Sonderfälle mit der Abgrenzung der Kompetenzen zwischen GV und VR nichts zu tun. Und doch hat hier der Gesetzgeber bewußt gewisse Erschwerungen in der Beschlußfassung eingeführt. Es handelt sich allerdings um einen begrenzten Kompetenzkreis der GV; die Minderheitsaktionäre sollen in diesen im Sinne des Gesetzes wichtigsten — in der Praxis oft anders erscheinenden — Beschlüssen einen gewissen Schutz gegen eine zu leichte Ueberstimmung durch die absolute Mehrheit finden. Es handelt sich also in erster Linie um einen Minderheitenschutz⁹⁾.

Immerhin schränkte der Gesetzgeber hier augenfällig die Machtbefugnis der GV ein und den Herrschaftsrechten der GV sind nicht unbedeutende Erschwerungen gesetzt. Von einer absoluten Souveränität kann, auch abgesehen vom Minderheitenschutz, nicht mehr vorbehaltlos gesprochen werden.

2. Nochmals nehmen wir den Art. 703 als Ausgangspunkt; diese Bestimmung weist uns nicht lediglich auf die vielen gesetzlichen Ausnahmefälle hin, in denen die GV ihre Beschlüsse nur mit einer qualifizierten Mehrheit oder Präsenz fassen kann, sondern sie behält überdies den *Statuten* das Recht vor, für unbeschränkt viele Fälle der Beschlußfassung der GV eine qualifizierte Mehrheit anzuordnen. Welcher Art diese Beschlüsse sein müssen, sagt das Gesetz nicht. Es steht somit der GV frei, alle denkbaren Tatbestände hierunter zu subsumieren. Sind nun beispielsweise dem VR gewisse Kompetenzen mit der statutarisch verlangten Zweidrittelmehrheit übertragen worden, so darf — ähnlich wie im Deutschen HGB — die GV diese nämlichen Kompetenzen nicht selbst wahrnehmen, und zwar weder mit gewöhnlichem noch mit qualifiziertem Mehr. Die GV hat erst mit Zweidrittelmehr die Befugnisse des VR in ihre eigenen Hände zurückzunehmen. Erst dann kann die GV über die betreffende Materie entscheiden, wofür, wenn nichts anderes bestimmt ist, das einfache Mehr genügt.

Wenn schon der Gesetzgeber die Einführung der erschwerten Beschlußfassung zuließ, so muß er natürlicherweise alle Konsequenzen ins Auge gefaßt haben. Damit hat er es zugleich der GV verwehrt, in die statutenmäßigen Kompetenzen des VR einzugreifen, hat bewußt die Omnipotenz der GV beschnitten.

⁹⁾ So hat beispielsweise nach einem Urteil des Trib. Cant. Vaudois, SJZ 34, S. 312, die Nichtbeobachtung des Art. 636 der Beschluß Nichtigkeit zur Folge, zitiert nach Schucany, Art. 636, N. 4.

Die Stellung des Verwaltungsrates bei gesetz- oder statutenwidrigen Beschlüssen, insbesondere bei Kompetenzüberschreitungen durch die Generalversammlung

I. Die Anfechtung von GV-Beschlüssen

Wir haben bis anhin nur versucht darzutun, daß gemäß Bejahung der Paritätslehre es der GV untersagt sei, in die Satzungskompetenzen des VR überzugreifen. Selbst in Kenntnis dieses Postulates kann es aber natürlich in der Praxis täglich vorkommen, daß beispielsweise eine GV den Direktor wählt, obwohl die Ernennung desselben durch die Statuten ausschließlich dem VR vorbehalten ist.

In diesem Fall muß dem VR die praktische Möglichkeit gegeben werden, sich gegen Uebergriffe durch die GV zu wehren. Darüber hinaus hat der VR ganz allgemein zu wachen, daß die GV nicht Beschlüsse faßt, die an sich in ihre Kompetenz fallen, die aber aus irgend einem Grunde gesetz- oder statutenwidrig sind und die Interessen der Aktionäre oder Gläubiger schädigen¹⁾.

A. Die Anfechtungsberechtigten

1. Der Aktionär

Die Anfechtung hat den Zweck, die Minderheit vor einer GV-Mehrheit zu schützen^{1a)}. Der Einzelne darf nicht der Willkür einer Mehrheit preisgegeben werden. Allein dadurch wäre das Anfechtungsrecht zur Genüge untermauert. Ueber die Anfechtung von GV-Beschlüssen hat sich eine ansehnliche Literatur entwickelt²⁾. Im Rahmen dieser Arbeit est jedoch daran zu denken, daß einerseits die rechtliche Natur des ganzen Fragenkomplexes nicht zu erörtern ist, und daß anderseits der Aktionär als Anfechtungsberechtigter uns nicht weiter interessiert; wir begnügen uns mit dem Hinweis auf einige hauptsächlichste Daten.

¹⁾ Siehe hinten S. 44 ff.

^{1a)} Ensslin, Das Recht auf Anfechtung gesetz- oder statutenwidriger GV-Beschlüsse, S. 65.

²⁾ Vgl. Ensslin, insbesondere S. 65 ff. und die dort zitierten; Staub-Pinner Komm. HGB 11. Aufl., § 271, Anm. 10 ff.

Unbestritten ist im schweizerischen Recht, daß das Anfechtungsrecht jedem einzelnen Aktionär selbständig zusteht³⁾. Damit wird bei gesetz- und statutenwidrigen GV-Beschlüssen das Mehrheitsprinzip außer Kraft gesetzt.

Ebenso unbestritten gilt jedoch der Grundsatz, daß nur der dem Beschluß nicht zustimmende Aktionär das Anfechtungsrecht behält⁴⁾. Im rev. OR wurde sodann der schon lange⁵⁾ vom Bundesgericht anerkannte Grundsatz verankert, daß das Anfechtungsrecht als wohlerworbenes Recht zu verstehen sei⁶⁾. Dies gilt selbstverständlich nicht nur für die Aktionäre, sondern auch für den VR. Denn der Anfechtungsberechtigte unterwirft sich nur in den Schranken des Gesetzes und der Statuten dem Mehrheitswillen, und ist somit nur nach deren Maßgabe an die Beschlüsse gebunden⁷⁾.

2. Der Verwaltungsrat

OR 706, Abs. 1 besagt: «Die Verwaltung und jeder Aktionär können Beschlüsse der GV, die gegen das Gesetz oder die Statuten verstoßen... anfechten.» Damit ist noch nichts darüber ausgesagt, ob unter «Verwaltung» jeder vereinzelte VR oder die Verwaltung als Kollektivorgan gemeint ist.

a) Das Anfechtungsrecht jedes einzelnen VR als Aktionär

Art. 707, Abs. 1 verlangt, daß jeder VR Aktionär sein müsse. Wir haben es mit einer zwingenden Gesetzesbestimmung zu tun, die auch durch eine Statutenbestimmung oder einen GV-Beschluß nicht abgeändert werden kann. Auf Grund seiner Aktionäreigenschaft ist demnach jedes VR-Mitglied in der Lage, einen GV-Beschluß anzufechten. Es hat darum den Anschein, als ob⁸⁾ die ausdrückliche Anerkennung der Aktivlegitimation der Verwaltung zur Anfechtungsklage keinen großen Sinn mehr hätte. So führt beispielsweise Ensslin, a. a. O., S. 81 aus:

«Überraschenderweise behalten aber beide Entwürfe das Anfechtungsrecht der Verwaltung unverändert bei. Man hat offenbar nicht eingesehen, daß das Anfechtungsrecht der Aktionäre nun wiederum zur Hauptsache geworden ist, und daß das Anfechtungsrecht der Verwaltung nunmehr nahezu überflüssig geworden ist. Denn jedes einzelne Mitglied der Verwaltung kann als Aktionär anfechten, ohne

3) Die Untersuchung der besonderen Fälle, d. h. wer als Aktionär im Sinne der Aktivlegitimation anzusehen ist, wer bei Mit- und Gesamteigentum anfechten darf, und wie die Verhältnisse beim Bestehen beschränkter dinglicher Rechte an den Aktien liegen, müssen außer acht gelassen werden, da ihre Untersuchung uns zu weit führen würde.

4) BGE 23 II, 1830; 27 II 235.

5) Vgl. BGE 20, S. 940 ff.

6) Art. 646, Abs. 3.

7) Schucany, Art. 706, N. 1.

8) Im Gegensatz zum 1. Entwurf von Eugen Huber, S. 129/130.

daß es hierzu ein Quorum von $\frac{1}{20}$ des Grundkapitals auf sich vereinen muß. Es ist in diesen beiden letzten Entwürfen inkonsequent, wenn gleichwohl das Anfechtungsrecht der Verwaltung im 1. Absatz des Anfechtungsartikels stehen geblieben ist, und das Aktionäranfechtungsrecht erst im 2. Abs. anerkannt wird.»

Dies letztere ist im definitiven Gesetzestext insofern anders, als beide Anfechtungsrechte im ersten Absatz genannt werden. Entscheidend bleibt die anscheinende Inkonsequenz, von der Ensslin spricht.

Wir sind anderer Ansicht. Betrachtet man nämlich die Anfechtung im Zusammenhang mit der Kompetenzausscheidung zwischen GV und VR, so gewinnt das Anfechtungsrecht des VR an Bedeutung, wie in diesem Paragraphen unter II B noch näher zu zeigen sein wird. Der VR kann nämlich nicht nur berechtigt sein, einen Beschluß anzufechten, sondern er ist hierzu verpflichtet, sobald die GV in seine statutenmäßigen Befugnisse eingreift. Fassen beispielsweise alle Aktionäre den einstimmigen Beschluß, eine dem VR in den Statuten zugeschiedene Befugnis selbst wahrzunehmen, so könnte gar kein Aktionär den Beschluß anfechten, weil, wie wir sahen, nur dem nichtzustimmenden Mitglied das Klagerecht gewährt wird. Nach unserer Auffassung ist aber hier der Verwaltungsrat *verpflichtet*, von seinem Klagerecht Gebrauch zu machen, da er insbesondere auch die Interessen der Gläubiger wahrzunehmen hat.

b) Das Anfechtungsrecht des VR als Mitglied des Verwaltungsorgans

In diesem Zusammenhang ist zu untersuchen, ob der VR auch dann anfechtungsberechtigt bleibt, wenn er als Aktionär dem Beschluß zugestimmt hat. Mit der Beantwortung dieser Frage kann auch zugleich gezeigt werden, ob der VR nur als Kollektivorgan anfechten oder ob jedes einzelne VR-Mitglied in seiner Eigenschaft als VR klagen kann. Denken wir lediglich an die Aktionärinteressen, die durch die gesetz- oder statutenwidrige Beschlußfassung verletzt werden, wäre der Schluß naheliegend, daß nur der dem Beschluß nicht zustimmende VR klageberechtigt bleibt. Das Gesetz spricht nicht von der Zustimmung oder Ablehnung zum GV-Beschluß. Da jedoch von jeher Literatur und Judikatur die überzeugende Ansicht vertreten, daß mit der Zustimmung zum GV-Beschluß auch das Anfechtungsrecht verwirkt sei, so wäre anscheinend kein Grund einzusehen, hier einen Unterschied zwischen Aktionär und VR zu machen.

Mit dem Mittel der Anfechtungsklage wehrt sich der VR nicht nur gegen Uebergriffe der GV in seine Kompetenz, sondern auch gegen Beschlüsse, die in die Kompetenz der GV fallen, die aber aus irgendeinem Grunde gesetz- oder statutenwidrig sind. Und überdies ist der VR verpflichtet, die Interessenlage der Gläubiger, denen kein Anfechtungsrecht zusteht, zu respektieren.

Die Gesetzwidrigkeit ist in weitestem Sinne zu verstehen. Gesetzwidrig sind nicht nur die Beschlüsse, die aktienrechtliche Normen verletzen, seien es zwingende oder nichtzwingende, sondern auch diejenigen, die gegen Spezialgesetze und das Gewohnheitsrecht verstoßen, sofern in den Statuten nicht davon abweichende Vorschriften erlassen wurden⁹⁾. Generell liegt die Gesetzeswidrigkeit in der Verletzung allgemeiner Gesetzesnormen¹⁰⁾.

«Gesetzwidrig in diesem Sinne sind auch alle jene Beschlüsse, die gegen die Grundsätze der allgemeinen Rechtsordnung verstoßen, die jene Grundsätze verletzen, welche zwar nicht im Gesetz niedergelegt sind, die aber unserer ganzen positiven Rechtsordnung zu Grunde liegen, und die denn auch unser Bundesgericht je und je als verbindliche Normen anerkannt hat.»¹¹⁾

Die Rechtswidrigkeit besteht nicht für alle Gesellschafter im gleichen Maße. Nehmen wir an, alle VR seien Stammaktionäre. Durch einen Gesellschaftsbeschluß werden die Rechte der Vorzugsaktionäre verletzt. In seiner Eigenschaft als Aktionär hat der VR dem Beschluß zugestimmt. Würde er ihn aber in seiner Eigenschaft als VR nicht anfechten, könnte der Vorzugsaktionär den VR verantwortlich machen, sofern die Voraussetzung der Verantwortlichkeitsklage gemäß OR 754 ff. erfüllt wären¹²⁾.

c) Das Anfechtungsrecht der Verwaltung

Wenn jeder einzelne VR im Hinblick auf die Wahrung der Gläubigerinteressen einen gesetz- oder statutenwidrigen GV-Beschluß anfechten kann und muß, will er sich nicht der Verantwortlichkeit aussetzen, so scheint die Anfechtungsmöglichkeit des Verwaltungsorgans überflüssig zu sein. Hingegen ist zu bedenken, daß es doch in erster Linie Sache des Gesamt-VR ist, die Gläubigerinteressen zu wahren. Sodann wird wahrscheinlich im Gremium des Verwaltungsorgans die Diskussion darüber geführt, ob ein GV-Beschluß anzufechten sei oder nicht. Es erscheint deshalb durchaus zweckmäßig, wenn der gesamte VR als klägerische Partei auftritt, umsomehr als andererseits der durch den GV-Beschluß geschädigte Gläubiger seine Verantwortlichkeitsklage gegen alle VR als Organ richtet. Selbstverständlich ist es auch hier gleichgültig, ob der einzelne VR dem Beschluß zugestimmt hat oder nicht. Die Anfechtungsklage der Verwaltung stützt sich auf einen Mehrheitsentscheid innerhalb des Organs. Dieser Mehrheitsbeschluß hat sich auch der dem GV-Beschluß zustimmende VR zu unterziehen, selbst wenn ihm die Anfechtung aus irgendeinem Grunde unangenehm sein sollte.

⁹⁾ Peyer, a. a. O., S. 48.

¹⁰⁾ BGE 64 II 280 ff.

¹¹⁾ Egger, Schranken der Majoritätsherrschaft, in ZSR 45, S. 29; vgl. auch Ehrbar, Die Anfechtung von GV-Beschlüssen nach ungeschriebenem Recht.

¹²⁾ Näheres hierüber siehe hinten, S. 46 ff.

B. Anfechtbare GV-Beschlüsse

Bevor wir die Frage prüfen, welche GV-Beschlüsse anfechtbar sind und im besonderen, ob ein Beschluß der GV auf *statutenwidrige Kompetenzüberschreitung* überhaupt anfechtbar ist, soll vorerst darauf hingewiesen werden, daß ein solcher Beschluß unter keinen Umständen *nichtig* sein kann. Dies wird im übrigen vorausgesetzt.

Das Gesetz regelt die Nichtigkeit der Beschlüsse nicht. Gemäß Einleitungsartikel 7 ZGB dürfen die Bestimmungen von OR 19 und 20 herangezogen werden. Demnach sind alle jene Beschlüsse nichtig, die «gegen zwingende,» unabänderliche Gesetzesbestimmungen, gegen die öffentliche Ordnung oder gegen die guten Sitten verstoßen, oder das Recht der Persönlichkeit verletzen»¹³⁾. Rudolf Peyer¹⁴⁾ weist uns im übrigen in seiner Arbeit auf den S.9 ff. auf die Nichtigkeitsgründe in extenso hin. Ein Beschluß der GV der ihre Machtsphäre übersteigt, ist nie nichtig, sondern bloß anfechtbar.

1. Die Verletzung einer gesetzlichen oder statutarischen Norm. ¹⁵⁾

Bei der Behandlung der Frage des Anfechtungsrechtes des einzelnen VR wurde schon festgestellt, daß die Gesetzeswidrigkeit eines Beschlusses im weitesten Sinne zu verstehen sei. Jeder Verstoß gegen eine Norm des objektiven Rechts ist anfechtbar¹⁶⁾. Heute bilden die GV-Beschlüsse, die gegen die guten Sitten verstoßen, wohl die Hauptgründe von Anfechtungsklagen. Die bloße Unzweckmäßigkeit eines Beschlusses begründet noch keine Anfechtbarkeit. Es ist praktisch kaum möglich, alle Anfechtungstatbestände zu nennen und darzulegen. Wir verweisen auf die von Steiger (Das Recht der Aktiengesellschaften in der Schweiz, S. 207) genannten Fälle aus der Schweizerischen Judikatur.

Der VR wird insbesondere darüber streng zu wachen haben, daß durch die GV-Beschlüsse die Rechte der Gläubiger nicht verletzt werden. Gar mancher gesetz- oder statutenwidrige Beschluß schmälert keinen Aktionär in seinen Rechten, kann hingegen einen Gläubiger treffen. Der Gläubiger seinerseits, der kein Anfechtungsrecht besitzt, ist besonders darauf angewiesen, daß der VR über die Wahrung der berechtigten Gläubigerinteressen wache, d. h. gesetz- und statutenwidrige Beschlüsse anfechte.

¹³⁾ Schucany, Art. 706, N. 1a.

¹⁴⁾ Nichtige und anfechtbare Beschlüsse der GV der AG.

¹⁵⁾ Ensslin, a. a. O. S. 61.

¹⁶⁾ Ensslin, a. a. O. S. 62.

Was insbesondere

2. Die Verletzung von Statutenvorschriften als Kompetenz- überschreitung der GV

betrifft, ist wiederum vom Text des Gesetzes auszugehen, daß Beschlüsse, die gegen Gesetz und Statuten verstoßen, anfechtbar sind. Statutenwidrig — und auf diese kommt es hier an — sind jene GV-Beschlüsse, die gegen die Statuten, gegen die weitere Körperschaftsordnung, gegen Reglemente und gegen die Observanz verstoßen¹⁷⁾.

«Statutenwidrig ist jeder Beschluß, der das statutarische Verfahren der korporativen Willensbildung nicht innehält, der *limitative Statutenbestimmungen mißachtet*, andere als die statutarisch umfassend aufgezählten Mittel der Zweckverfolgung einführt, den Mitgliedern neue, weitergehende Verpflichtungen auferlegen will.»¹⁸⁾

Mißachtet die GV die limitativen Statutenbestimmungen, mißachtet sie m. a. W. die statutarischen Kompetenzen. In diesem Fall kann der VR Klage erheben. Die entgegengesetzte Annahme dieses Schlusses würde die Bestimmungen über Abänderung der Statuten umgehen (OR 721, Abs. 2).

3. Die Verletzung des Gesetzes oder der Statuten muß relevant sein

Da insbesondere der Einzelaktionär nur nach Maßgabe des Gesetzes und der Statuten dem Mehrheitswillen unterworfen ist und nur innerhalb dieser Schranken an die Beschlüsse der GV gebunden werden kann¹⁹⁾, läuft die Gesellschaft Gefahr, der Schikane einzelner ausgesetzt zu werden. Zudem kann die Gesellschaft in einen unangenehmen Schwebezustand versetzt werden.

Wir schließen uns der Auffassung von Ensslin²⁰⁾ an, wonach GV-Beschlüsse, die die gesetzlichen oder statutarischen Normen nur unwesentlich verletzen, sanktionslos bleiben. «Bei unwesentlichen Verletzungen *inhaltlicher Art*», so führt Ensslin a. a. O. aus, «ist regelmäßig anzunehmen, daß der GV-Beschluß bestimmt auch bei Vermeidung dieser Verletzung gefaßt worden wäre». Es bleibt Sache des Richters, die Relevanz einer solchen Verletzung zu fixieren. Etwas anders verhält es sich bei Verletzung von *Formvorschriften*. Hier muß, damit eine Rechtssicherheit gewährleistet wird, auch eine geringe Verletzung von Gesetz oder Statuten angefochten werden können. Es ist da bedeutend schwieriger zu behaupten, der Beschluß wäre trotz

17) Egger, Komm. Personenrecht Art. 75, N. 16; Peyer a. a. O. S. 48.

18) Egger, a. a. O. Art. 75, N. 16.

19) Wieland, Handelsrecht II, S. 107.

20) a. a. O. S. 63.

Wahrung der gesetzlichen oder statutarischen Formen zustande gekommen²¹⁾.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGer berechnet sich der Streitwert nicht nach dem speziellen Interesse des Klägers an der Guttheißung seines Rechtsbegehrens, sondern nach dem Gesamtinteresse der gesamten Gesellschaft; die Aufhebung eines GV-Beschlusses wirkt eben gegenüber sämtlichen Aktionären²²⁾.

In diesem Zusammenhang muß noch darauf hingewiesen werden, daß unser Gesetz dem Anfechtungsrecht auch eine zeitliche Schranke setzt. Zwei Monate nach der GV (also nicht erst nach Kenntnisaufnahme des Beschlusses) muß die Klage angehoben werden, ansonst der Kläger seines Rechtes verlustig geht²³⁾. Im letzteren Fall kann auch ein Statuten- oder Gesetzesvorschrift gröblich verletzender Beschluß Rechtskraft erlangen. Werden aber dadurch die Rechte der Gläubiger verletzt, so kann, wie noch zu zeigen sein wird, der VR verantwortlich gemacht werden.

II. Die Verantwortlichkeit der Verwaltung

Bis anhin war stets davon die Rede, daß die Verwaltung gesetz- oder statutenwidrige Beschlüsse der GV gemäß OR 706 anfechten könne. Es bleibt im folgenden zu untersuchen, ob der VR im Hinblick auf seine Verantwortlichkeit *verpflichtet* sei, Klage anzuheben²⁴⁾.

A. Die Gestaltung der Verantwortlichkeit im positiven Recht

1. Die verantwortlichen Personen²⁵⁾

Heute sind nicht mehr nur die mit der Verwaltung betrauten Personen (alt OR 674) der Gesellschaft, den Aktionären und Gesellschaftsgläubigern gegenüber verantwortlich, sondern darüber hinaus alle mit der Geschäftsführung oder Kontrolle Betrauten. Ob es der Organqualität bedarf, damit die

²¹⁾ Ensslin, a. a. O. S. 64.

²²⁾ BGE 47 II 435; 51 II 68; 54 II 26; insbesondere 66 II 48.

²³⁾ OR 706, Abs. 4. Über die Rechtskraft der GV-Beschlüsse siehe hinten S. 60/61.

²⁴⁾ Wir müssen auch in diesem Abschnitt die Kenntnis der Regelung der Verantwortlichkeit im positiven Recht voraussetzen. Was im folgenden über die Verantwortlichkeit geschrieben wird, soll nur als unerläßlicher Rahmen gelten, innerhalb dessen unsere Behauptung über die Anfechtungspflicht des VR belegt werden kann.

²⁵⁾ Vgl. hierüber insbesondere die Arbeit von Dr. Hans Biggel, die Verantwortlichkeit des VR.

aktienrechtliche Verantwortlichkeit Platz greife, ist ungewiß. Biggel²⁶⁾ verneint es. Als Organ qualifiziert er die durch die Satzung vorgesehenen korporativen Funktionsträger, «darüber hinaus jene, die nur mittelbar satzungsmäßig fundiert sind, denen aber zugleich eine selbständige Erfüllung der ihnen eigenen korporativen Funktionen zusteht». «Organe sind demnach grundsätzlich... die Verwaltung der AG, aber auch die Direktion»²⁷⁾. Wir können uns weitgehendst dieser Ansicht anschließen, allerdings unter gewissen Vorbehalten, die auf die Begriffsverschiebung «Organ» zurückzuführen ist.

Die neuere Jurisdiktion verfolgt die Tendenz, unter Organen der AG nicht nur die Verwaltung und die Direktion verstanden zu wissen, sondern darüber hinaus alle diejenigen Funktionsträger, für deren widerrechtlich schädigendes Verhalten der Verband nach ZGB 55 Abs. 2 befreiungslos haftet. Das Moment der Haftung ist nun allerdings nicht alleiniges Wesensmerkmal des Organs; d. h. man darf die Qualität «Organ» nicht allein nur von der Haftung abhängig machen. Denn diese Betrachtungsweise würde unter bestimmten Umständen zu weit und zu unhaltbaren Lösungen führen. Wenn, um ein Bild zu gebrauchen, die Qualität «Organ» als ein Kreis gedacht wird, so bedeutet die befreiungslose Haftung des Verbandes einen Sektor, vielleicht einen der wichtigsten.

Wir glauben deshalb, daß die Praxis eher dahin tendieren wird, die aktienrechtliche Verantwortlichkeit vermehrt Platz greifen zu lassen²⁸⁾. Man wird den Begriff «Geschäftsführung» weit zu fassen haben, unserer Meinung nach noch weiter als ihn Schucany faßt:

«Als mit der Geschäftsführung betraut sind nicht nur Verwaltungsräte, Delegierte und Direktoren anzusehen, sondern auch die Prokuristen, Bevollmächtigten und Angestellten, die unter der Aufsicht der Verwaltung mit selbständig entscheidenden Kompetenzen die eigentliche Geschäftsführung besorgen.»

Für unsere Arbeit ist die Feststellung von Bedeutung, daß die Verwaltungsräte, die im Handelsregister eingetragen sein müssen²⁹⁾, und die darüber hinaus zur Vertretung befugten Personen, die ebenfalls eingetragen sind³⁰⁾ aktienrechtlich haftbar sind. Entgegen Biggel sind wir aber der Ansicht, daß damit der Kreis der aktienrechtlich Verantwortlichen kaum geschlossen ist, vielmehr im Sinne der eben gemachten Erwägungen zu vergrößern sei.

26) a. a. O. S. 14.

27) BGE 14, 668.

28) Vgl. BGE 59 II 428 ff.

29) OR 626, Ziff. 5.

30) OR 720.

a) Der Verwaltungsrat als Kollektivorgan

Auf Grund der positiv-rechtlichen Bestimmungen (OR 754 ff.) ist nicht ersichtlich, ob in größeren AG, in denen eine Arbeitsteilung innerhalb der Verwaltung vorgenommen wurde, jedes VR-Mitglied für das ihm überlassene Tätigkeitsgebiet, oder ob jedes Mitglied prinzipiell in jedem Fall haftet. Wir schließen uns der Meinung Biggels³¹⁾ an, wonach eine Teilung der Aufgaben bewirke, daß «jedes einzelne Verwaltungsratsmitglied nur für das ihm überlassene Aufgabengebiet haftet, wobei unbedingte Voraussetzung ist, daß die Arbeitsteilung in gültiger Weise, d. h. durch Statutenbestimmung erfolgt ist»³²⁾.

Der Umkehrschluß liegt dann nahe, daß jedes Mitglied der Verwaltung für alle von ihm nicht verschuldeten Geschäftsführungsakte der übrigen VR-Mitglieder haftet, sofern eine statutarische Arbeitsteilung nicht vorgenommen wurde. In diesem Sinne argumentiert Staub³³⁾ bei der Frage, ob einzelne VR-Mitglieder gegen Geschäftsführungsakte der anderen Mitglieder einzuschreiten haben u. E. ganz treffend, wenn er sagt, daß «z. B. der Leiter des technischen Betriebes für Verfehlungen der kaufmännischen Leitungen nicht verantwortlich sei, wohl aber u. U. die Leiter verschiedener ineinandergreifender kommerzieller Geschäftszweige für Verfehlungen der übrigen.»

Allein hier ist zu bedenken, daß es sich bei der Anfechtung nie um einen besonderen Aufgabenkreis des VR handelt. Die Meinungen Biggels und Staubs befriedigen, im Zusammenhang mit der Anfechtungsklage gesehen, nicht. Faßt die GV einen Beschluß, der ihre Kompetenzen übersteigt, oder allgemein, faßt sie einen Beschluß, der an sich in ihrer Kompetenz liegt, aber aus einem anderen Grunde gesetz- oder statutenwidrig ist, wodurch möglicherweise die Gläubigerrechte verletzt werden, so ist, wie noch zu zeigen sein wird, der VR verpflichtet, diesen Beschluß anzufechten. In einem solchen Fall können entweder alle oder kein VR verantwortlich gemacht werden. Es ginge nicht an, daß beispielsweise der VR des technischen Ressorts des Betriebes zusehen könnte, wie die GV einen kompetenzüberschreitenden Beschluß faßt, wenngleich dieser mit den technischen Belangen des Unternehmens nichts oder nicht viel zu tun hat. Die Kompetenzüberschreitungen sind absolut und wirken gegen alle VR als Organ. Es ist deshalb auch die Verwaltung als solche verpflichtet, diese Beschlüsse anzufechten; es ist deshalb die Verwaltung als korporatives Organ, die sich durch die Nichtanfechtung verantwortlich macht. Der Richter, bei dem die Verantwortlich-

³¹⁾ a. a. O. S. 11.

³²⁾ Biggel verweist auf Wieland, Handelsrecht II S. 132.

³³⁾ Komm. HGB § 241 N. 7.

keitsklage nur gegen einen oder einzelne VR eingereicht wurde, muß das Verschulden aller in Betracht ziehen und dementsprechend urteilen. Ganz allgemein gilt der Grundsatz, daß im Zweifel die Pflichten allen VR-Mitgliedern obliegen³⁴⁾).

Schuldhaft handelt jedenfalls jedes VR-Mitglied, das Beschlüsse der GV, die gegen Gesetz oder Statuten verstoßen, nicht anfißt. Hier greift die solidarische Haftbarkeit von OR 759 Platz, allerdings mit der selbstverständlichen Erweiterung, daß nicht nur «mehrere Personen», sondern eben alle, d. i. der ganze VR, für den Schaden verantwortlich ist. Den Rückgriff unter den einzelnen Mitgliedern setzt der Richter fest. Der Kläger muß sich keineswegs um die inneren Regreßverhältnisse kümmern, kann aber nur denjenigen belangen, der schuldhaft gehandelt hat³⁵⁾. Schuldhaft gehandelt hat aber in casu jedes VR-Mitglied, das nicht alles in seiner Macht liegende unternommen hat, um den Beschluß anzufechten. Die bloße protokollarische Antragstellung auf Anfechtung³⁶⁾ kann den Antragsteller nicht von seiner Verantwortlichkeit befreien. «Derjenige, den ein geringes Verschulden trifft, haftet für den vollen Schaden, sogar wie derjenige, dessen Verschulden schwer ist, d. h. es gibt bei der echten Solidarität keine Berufung auf ein geringes Maß des Verschuldens im Verhältnis zum Geschädigten»³⁷⁾.

In diesem Zusammenhang soll endlich noch die Frage aufgeworfen werden, wie es sich mit der Verantwortlichkeit des VR als Kollektivorgan verhält, nachdem ihm die Décharge erteilt wurde. Die Décharge, die rechtsgeschäftliche Entlastung, bedeutet «die Uebernahme der Folgen, der Geschäftsführung einer bestimmten Geschäftsperiode auf das Gesellschaftsvermögen unter Befreiung der Verwaltungs- und Kontrollorgane von ihrer Haftung»³⁸⁾. Hat nun die GV ihre Kompetenzen überschritten, hat der VR den GV-Beschluß nicht angefochten, und wurde schließlich dem VR Décharge erteilt, so kann die Verantwortlichkeitsklage immer noch angehoben werden, sofern der Aktionär dem Entlastungsbeschluß nicht zugestimmt oder die Aktien seither in Kenntnis der Schlußnahme erworben oder wenn er nicht binnen sechs Monaten seit der Schlußnahme die Klage angehoben hat³⁹⁾. Das kann richtigerweise nur der Aktionär sein, der dem kompetenzüberschreitenden GV-Beschluß auch nicht zugestimmt hat.

34) Biggel, a. a. O. S. 148.

35) Von Tuhr, OR II, S. 697.

36) Wolfers, Die Verwaltungsorgane der AG, S. 125.

37) BGE 59, II, 458.

38) Piconi, Der Entlastungsbeschluß, S. 7.

39) OR 757.

Ist der umgekehrte Fall, daß ein Aktionär dem gesetz- oder statutenwidrigen Beschluß zustimmt, dem Décharge-Beschluß aber nicht, und gleichwohl die Verwaltung verantwortlich machen will, auch möglich? Aktienrechtlich ja. Wir glauben aber, daß der Richter hier seinen Schutz auf Grund des Treu- und Glaubensprinzipes (Einleitung ZGB, Art. 2) nicht gewähren darf.

b) Jedes einzelne VR-Mitglied

Daß bei Nichtanfechtung des GV-Beschlusses der ganze VR verantwortlich wird, ist eben gezeigt worden. Es fragt sich, ob nicht Ausnahmen von dieser Norm möglich sein könnten, d. h. daß das eine oder andere Mitglied der Verwaltung von der Verantwortlichkeit für die Nichtanfechtung befreit würde.

Da die Verantwortlichkeit allgemein jedes einzelne VR-Mitglied treffen kann, ist die Frage, die wir aufwerfen, so weit wir in der Literatur sehen (Picenoni, Biggel, Schucany und die dort zitierten) noch nicht beantwortet worden. Unseres Erachtens kann ein VR-Mitglied dann nicht haftbar gemacht werden, wenn eine der drei Bedingungen erfüllt ist:

1. *Das VR-Mitglied war von der Kompetenzüberschreitung durch die GV nicht orientiert und hat sie auch innerhalb der folgenden zwei Monate nicht erfahren.* Dies trifft dann zu, wenn der VR an der betreffenden GV nicht anwesend war, ohne daß ihn hierfür eine Schuld zu treffen braucht, z. B. infolge Krankheit, Landesabwesenheit oder höherer Gewalt. Mit diesen Gründen kann sich allerdings der VR noch nicht von seiner Haftung befreien. Er ist im Gegenteil verpflichtet, alles zu tun, um zu erfahren was die GV beschlossen hat. Zu diesem Zweck steht ihm das Protokoll jederzeit zur Verfügung; erscheint ihm diese Quelle ungenau oder mangelhaft, so hat er sich bei seinen Kollegen, gegebenenfalls bei einzelnen Aktionären zu orientieren.

Ausgehend von der Tatsache, daß das Vertragsverhältnis VR-AG, als Auftrag zu qualifizieren ist, wurzelt jene Pflicht zur Orientierung in den Mandatsvorschriften⁴⁰⁾. Der VR als Mandatar vertritt in diesem Falle seine Mandantin, die AG, gegenüber den Aktionären. Hier sind die Wurzeln der verwaltungsrechtlichen Verpflichtungen zu suchen, sich über den Gang der GV zu informieren.

OR 398, Abs. 1 und 2 bestimmen, daß der Beauftragte dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes und im allgemeinen für die gleiche Sorgfalt wie der Dienstpflichtige haftet. Diese Bestimmungen involvieren die Pflicht zur Information. Es genügt nicht, daß der VR nur dieselbe Sorgfalt aufwendet, wie in der Besorgung

⁴⁰⁾ OR 394, ff.

seiner eigenen Angelegenheiten⁴¹⁾). Die Stellung des VR, der im ausgesprochenen Vertrauensverhältnis zur GV steht⁴²⁾, verpflichtet überdies den Mandataren zu einer gesteigerten Sorgfalt und verschärft somit seine Haftung. Die Berufung auf Unkenntnis der Pflichten oder gar auf Zeitmangel und dergleichen kann der VR niemandem entgegenhalten⁴³⁾). Die Information über die Geschehnisse der Gesellschaft gehört zu den primären Pflichten eines VR. Verletzt er diese, ist die nötige Sorgfalt nicht vorhanden, so handelt er — je nach Umständen — absichtlich oder fahrlässig. Meistens wird Fahrlässigkeit anzunehmen sein; immerhin, ob diese vorliegt oder nicht beurteilt sich, entgegen dem Strafrecht, nach objektiven Kriterien⁴⁴⁾).

2. *Das VR-Mitglied war gutgläubig der Meinung, die Verwaltung habe den Beschluß angefochten, oder werde dies tun.* In diesem Falle ist es gleichgültig, ob das VR-Mitglied an der GV an- oder abwesend war. Letzteren Falls wird es erst seiner Informationspflicht nachkommen müssen.

Jedes VR-Mitglied kann sich auf die Beschlüsse der Gesamtverwaltung berufen und muß sich auf die Initiative des Präsidenten verlassen können. Wurde also innerhalb der Verwaltung beschlossen, den GV-Beschluß anzufechten, und wurde kein besonderer Vertreter der Verwaltung ernannt, so kann das einzelne Mitglied damit rechnen, der Präsident, eventuell der ad hoc Beauftragte werde alles Nötige veranlassen. Es würde der Arbeit eines Kollegiums, das wie kaum ein anderes auf die unbedingte Zusammenarbeit angewiesen ist, empfindlich Abbruch tun, wollte man verlangen, daß das einzelne VR-Mitglied seine Kollegen und den Präsidenten argwöhnisch überwache. Das Vertrauen, als das unerläßliche Erfordernis eines reibungslosen Verkehrs innerhalb des Organs, muß unbedingt geschützt sein⁴⁵⁾. Der gute Glaube, das Nichtwissen eines erheblichen rechtlichen Umstandes darf nicht auf dem eigenen Verschulden beruhen⁴⁶⁾. Der VR ist demnach nicht nur dann bösgläubig, wenn er von der Nichtanfechtung nichts weiß, sondern darüberhinaus, wenn er das passive Verhalten des Präsidenten oder Bevollmächtigten hätte kennen sollen. Er darf aber die Ausführung der VR-Beschlüsse durch die hierzu Ernannten voraussetzen; das Gegenteil müßte im Prozeß erst bewiesen werden⁴⁷⁾.

41) Oser, Komm. OR Art. 389, N. 1.

42) Siehe vorne S. 18.

43) Oser, a. a. O. Art. 328, N. 4.

44) Oser, a. a. O. Art. 41, N. 65; er verweist uns auf C. Christ. Burckhardt, S. 53, Becker, Art. 41, N. 60/61 und Gmür, S. 628. Siehe hinten S. 55 f.

45) Egger, Einleitung Art. 3, N. 3.

46) Egger, a. a. O., N. 4.

47) OR 25, Abs. 1.

3. Das VR-Mitglied wurde durch Täuschung, Drohung, List oder durch andere strafrechtlich bedrohte Handlungen gehindert. In Frage kommen OR 28 ff. und die einschlägigen strafrechtlichen Bestimmungen, die hier unerörtert bleiben müssen. Die Behinderung muß total sein, d. h. das VR-Mitglied muß sowohl in seiner Eigenschaft als VR wie auch als Aktionär an der Ausübung des Anfechtungsrechtes gehindert worden sein. Die Täuschung, der zivilrechtliche Betrug und die Drohung müssen anhaltend und objektiv gegeben sein. Sind alle Voraussetzungen zum Betrug, zur Furchterregung und zu den Delikten erfüllt, darf die Verantwortlichkeit des VR nicht eingreifen.

In diesem Zusammenhang soll noch die Frage erörtert werden, wie es sich verhält, wenn das VR-Mitglied mit einem zu Protokoll erklärten Antrag auf Anfechtung nicht durchgedrungen ist. In diesem Falle bleibt seine Haftbarkeit vollauf bestehen, da die Möglichkeit, als Aktionär den Beschluß anzufechten von Anfang an gegeben ist. Der scheinbare Widerspruch, daß man einen VR für seine Handlungen als Aktionär verantwortlich macht, verschwindet, wenn man bedenkt, daß diese Anfechtung in erster Linie zum Wohl der AG zu erfolgen hat und daß demzufolge der VR ein gesteigertes korporatives Interesse zeigen muß.

2. Die Klageberechtigten

a) Die Aktiengesellschaft

Es muß sich — als erste Voraussetzung zur Klageberechtigung — um eine im Handelsregister eingetragene Gesellschaft handeln. Biggel⁴⁸⁾ weist an Hand der in seiner Arbeit angeführten Literatur nach, daß das Klagerecht der Gesellschaft sich aus dem Auftragsverhältnis herleite. Unsere Arbeit braucht sich nicht weiter damit zu befassen. Denn die GV-Mehrheit, die einen gesetz- oder statutenwidrigen Beschluß faßt, kann nicht den VR verantwortlich machen, weil er diesen Beschluß nicht anfecht. Dem stehen nicht nur Gesetz⁴⁹⁾ und ungeschriebenes Recht entgegen, sondern der Fall ist auch praktisch nicht denkbar, da die beschließende GV-Mehrheit jedes Interesse daran hat, daß der Beschluß nicht angefochten werde.

b) Die einzelnen Aktionäre

Will der Aktionär den VR zur Verantwortung ziehen, so ist zwischen dem dem Beschluß Zustimmenden und dem Nichtzustimmenden zu unterscheiden. Der zustimmende Aktionär geht seines Klagerechtes verlustig,

⁴⁸⁾ a. a. O. S. 24.

⁴⁹⁾ Einleitung ZGB 2 und 3, OR 20.

da es ein grober Verstoß gegen das Prinzip von Treu und Glauben bedeuten würde, könnte dieser Aktionär aus dem ihm selbst mit zur Last fallenden statutenwidrigen Verhalten noch Kapital schlagen.

An und für sich wäre die Frage berechtigt, ob der nichtzustimmende Aktionär klagelegitimiert bleibe, da ja der VR diesem Aktionär die Möglichkeit der selbständigen Klageerhebung entgegenhalten könnte. Mit anderen Worten, letzterer dürfte den VR nicht deshalb verantwortlich machen, weil er selbst zum Handeln zu passiv wäre. Allein da ist einzuwenden, daß, wie gezeigt wurde⁵⁰⁾, dem VR ein gesteigertes korporatives Interesse als das seine Funktion kennzeichnende Element zuzumuten ist. Es wäre in der Tat störend, wenn der VR in Kenntnis des statutenwidrigen Beschlusses es darauf ankommen lassen könnte, ob der überstimmte Aktionär erstens einmal merken würde, daß der Beschluß nicht statutenkonform ist, und zweitens, ob ihm innerhalb der zweimonatigen Anfechtungsfrist ein Schaden als Voraussetzung zur Klage entsteht. Im weiteren gehört es zur Aufgabe des VR, als dem Leiter und Vertreter der AG, daß er darüber wacht, keine Ritzungen des Gesetzes und der Gesellschaftsverfassung zuzulassen.

Es müssen drei Voraussetzungen erfüllt sein, damit der VR verantwortlich gemacht werden kann, nämlich:

1. es muß ein Schaden entstanden sein;
2. der VR muß schuldhaft gehandelt haben, und
3. der Kausalzusammenhang zwischen Schaden und Pflichtverletzung muß nachgewiesen werden.

Es würde uns zu weit führen, wollten wir die einzelnen Klagevoraussetzungen in alle Détails verfolgen. Wir nennen die Voraussetzungen, die immer erfüllt sein müssen, will ein Aktionär oder Gläubiger den VR verantwortlich machen, je in einem Abschnitt weiter hinten.

c) Die Gesellschaftsgläubiger

OR 754 spricht davon, daß der VR auch den Gläubigern der AG gegenüber verantwortlich sei. Bedenkt man, daß dem Gläubiger als Außenseiter das Recht auf Anfechtung von GV-Beschlüssen nicht gewährt wird, so erscheint es selbstverständlich, daß er sich vermittels der Verantwortlichkeitsklage wehren kann. Dem Gläubiger fehlt überhaupt eine Einwirkung auf das Geschäftsleben der AG.

Allerdings sind dem Klagerecht des Gläubigers auf Ersatz des mittelbaren Schadens⁵¹⁾ zwei wichtige gesetzliche Schranken gesetzt:

⁵⁰⁾ Siehe vorne S. 52.

⁵¹⁾ Siehe hinten S. 54.

1. Das Klagerecht kann nur im Gesellschaftskonkurs geltend gemacht werden (OR 758) und
2. Gemäß OR 756 kann der Gläubiger sein Klagerecht nur ausüben, sofern die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung dieser Ansprüche verzichtet⁵²⁾.

3. Die Voraussetzung der Verantwortlichkeit der Verwaltung

a) Primärer und sekundärer Schaden⁵³⁾

Von Tuhr⁵⁴⁾ definiert den Schaden als Verminderung des Vermögens gegen den Willen des Vermögensherrn. Vermögensherren in diesem weitesten Sinne können die Gesellschaft, die Aktionäre oder die Gläubiger sein. Trifft die Gesellschaft ein Schaden, so erleiden die Aktionäre und Gläubiger eine indirekte, sekundäre, mittelbare Einbuße⁵⁵⁾. Eine Unterscheidung primärer-sekundärer Schaden erscheint somit notwendig.

«Unter *primärem Schaden*», so führt Biggel⁵⁶⁾ aus, «verstehen wir denjenigen Schaden, der direkt, d. h. unmittelbar in der Vermögensmasse des Aktionärs oder Gläubiger eingetreten ist: Handlungen der verantwortlichen Organe können, ohne die AG zu schädigen, für den einzelnen Aktionär oder Gläubiger einen solchen Schaden darstellen: Zum Schutze der Aktionäre wurden Bestimmungen aufgestellt (z. B. Art. 646 OR) so z. B. alle Bestimmungen, die die Individualitätsrechte der Aktionäre betreffen; sodann können alle Publizitätsvorschriften als im Interesse von Aktionären und Gläubigern aufgestellt, angesehen werden. Jede Verletzung der sehr eingehenden Bilanzvorschriften (besonders Banken Ges. Art. 6 und VVo Art. 20/25), auch die Verletzung der entsprechenden Vorschriften von Art. 662 bis 677 OR kann zu einer direkten Schädigung von Aktionär und Gläubiger führen, aber nur dann, wenn jemand im Glauben an die Richtigkeit der Bilanz, Aktionär oder Gläubiger geworden ist. (Hengeler, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit im Bankengesetz und im neuen OR.)»

So werden die Aktionäre direkt betroffen, wenn der VR ein Faustpfand weiter verpfändet⁵⁷⁾ oder wenn die Aktionäre zur Kreditgewährung veranlaßt werden⁵⁸⁾, u. a. m.

Sekundär oder *mittelbar* nennt man den Schaden, den die Aktionäre oder Gläubigen — erstere je nach ihrem Anteil am Gesellschaftsvermögen — durch Verminderung der Gesellschaftsaktiven erleiden⁵⁹⁾. «Sekundärer

⁵²⁾ Schucany, Art. 758.

⁵³⁾ Das Gesetz spricht in Art. 755 vom mittelbaren Schaden im Gegensatz zum unmittelbaren. Da die Literatur aber vorwiegend die Ausdrücke primärer und sekundärer Schaden verwendet, wollen wir uns dieser Terminologie anschließen.

⁵⁴⁾ OR, 2. Auflage, S. 76.

⁵⁵⁾ Schucany, Art. 754, N. 2, Ziff. b.

⁵⁶⁾ a. a. O. S. 27 ff.

⁵⁷⁾ Schucany, Art. 754, N. 2.

⁵⁸⁾ BGE 49, II, 245.

⁵⁹⁾ Schucany, Art. 754, N. 2, Ziff. b.

Schaden der Aktionäre oder Gesellschaftsgläubiger ist also derjenige Schaden, der bei einem Aktionär oder Gläubiger dadurch entsteht, daß die Gesellschaft selbst in ihrer wirtschaftlichen Lage verschlechtert wird und dadurch entweder der Gesellschaftsanteil kleiner wird oder die Kreditoren nicht mehr voll gedeckt sind»⁶⁰⁾. Das Gesetz⁶¹⁾ spricht ausdrücklich von der Geltendmachung des mittelbaren Schadens in und außer Konkurs. Wieso in Art. 755 auch die Gesellschaftsgläubiger genannt sind, ist nicht recht ersichtlich, können diese doch ihre Forderungen gegenüber dem VR auf Ersatz des sekundären Schadens nur im Konkurs der AG geltend machen (Art. 758).

Die Klage von Aktionär oder Gläubiger geht auf Leistung an die Gesellschaft. Damit will man einerseits schikanöse Einzelklagen einschränken⁶²⁾, andererseits scheint die Ueberlegung stichhaltiger zu sein, «daß die Aktionäre auf die Auszahlung von Forderungen, die in das Vermögen der Gesellschaft gehören, während des Bestehens der AG keinen Anspruch haben»⁶³⁾.

Wir müssen hier eine Betrachtung über die rechtliche Natur der Klage auf Ersatz des sekundären und primären Schadens außer acht lassen, verweisen aber auf die treffenden Ausführungen hierüber von Biggel, S. 30 ff.

b) Das Verschulden

Als erste Voraussetzung der Verantwortlichkeit nannten wir das Vorhandensein eines Schadens (primärer oder sekundärer), der sich als Verminderung des Vermögens darstellt. Ist der Schaden aber trotz richtiger Pflichterfüllung seitens des VR entstanden, entfällt die Verantwortlichkeit, da der leitende Gedanke des OR dahingeht, daß nur derjenige zum Ersatz des Schadens verpflichtet ist, der ihn *schuldhaft* verursacht hat⁶⁴⁾. Das Verschulden bedeutet ein vom Gesetz mißbilligtes geistiges Verhalten des Täters, sei es bei einer Vertragsverletzung, sei es bei einer unerlaubten Handlung. Der Vorwurf richtet sich gegen den bösen oder den schwachen Willen des Menschen⁶⁵⁾. Daraus resultieren die beiden Verschuldensbegriffe Vorsatz und Fahrlässigkeit⁶⁶⁾.

Der geschäftliche Erfolg darf nicht als Maßstab für die Beurteilung der Schuldfrage herangezogen werden. Bei bester und gewissenhaftester Geschäftsführung kann ein Unternehmen finanzielle Einbußen erleiden und

60) Biggel, a. a. O., S. 28.

61) OR 755.

62) Botschaft S. 60/61.

63) BGE, 44, II, 42.

64) Von Tuhr, OR 1. Aufl., S. 68.

65) Von Tuhr, a. a. O., S. 339; Oser, Komm. OR zu Art. 41, N. 56/57.

66) Nach Von Tuhr, S. 339, folgt das OR nur einem älteren Sprachgebrauch, wenn es statt Vorsatz den Ausdruck Absicht, z. B. in Art. 754 gebraucht.

wirtschaftlichen Mißerfolgen ausgesetzt sein. Wollte man den pflichterfüllten VR trotzdem zur Ausgleichung des Schadens heranziehen, hieße dies, die Kausalhaftung anwenden. Diese ist aber, wie gezeigt wurde, durch das Gesetz ausdrücklich ausgeschlossen. Nur das Verschulden ist Voraussetzung aller Haftung des VR⁶⁷⁾.

Eine weitere Entwicklung als die eben genannte Vertragshaftung auf Grund des Verschuldens ist jedoch in unserem Falle angezeigt: Der VR haftet nicht nur wie der Dienstpflichtige im Dienstvertrag für eine *pflichtgetreue Ausführung*, sondern darüber hinaus noch für die *Bildung von Entschlüssen*. Im weiteren gehört es zur Pflicht des VR, ganz allgemein bei Entschlüssen mitzuwirken. Dabei können begreiflicherweise nur diejenigen Personen verantwortlich gemacht werden, die den Entschluß frei gefaßt haben. Die Abwesenden müssen allerdings ihr Nichterscheinenkönnen beweisen. Der schuldlos an der VR-Sitzung Abwesende kann für die Nichtbeschlußfassung auf Anfechtung des GV-Beschlusses nicht verantwortlich gemacht werden, es sei denn, er hätte selbständig die Klage anheben können.

In diesem Zusammenhang stellt sich noch die Frage, ob ein anderes VR-Mitglied den Abwesenden vertreten könne und eventuell haftbar werde. Grundsätzlich sind die Funktionen des VR unübertragbar. Auf unseren Fall angewendet heißt dies, daß sich ein VR-Mitglied nicht durch passives Verhalten seiner Verantwortlichkeit entziehen kann⁶⁸⁾. Art. 717, Abs. 2 gestattet die Uebertragung von Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnissen an außerhalb der Verwaltung stehende Drittpersonen, die nicht Aktionäre zu sein brauchen. Dadurch wird der Kreis der Funktionen des VR um die delegierte Aufgabe kleiner. Dafür haftet aber der VR für die Auswahl der Delegierten⁶⁹⁾. Bei der Benützung von Hilfskräften durch das VR-Mitglied haftet letzterer als Geschäftsherr nach OR 101⁷⁰⁾.

In casu haften die VR jedoch aus einem anderen Grunde: Nach OR 706 sind nur der VR und die Aktionäre berechtigt, einen GV-Beschluß anzufechten. Die Aktionäre fallen hier außer Betracht, ebenso die Drittpersonen, an die eventuelle Funktionen übertragen wurden. So bleibt nur noch der VR als zur Anfechtungsklage aktiv legitimiert, und zwar unübertragbar. Der Aktionär oder Gläubiger, der den VR wegen Nichtanhebung einer Anfechtungsklage verantwortlich machen will, hat sich nicht darum zu kümmern, ob und welche Delegationen vorgenommen wurden, sondern er hält sich in jedem

67) Biggel, a. a. O. S. 52, siehe vorne S. 49.

68) Bachmann, Komm. zu Art. 649 (alt) OR, Nr. 3.

69) Biggel, a. a. O. S. 58.

70) Oser-Schönenberger, Komm. zu Art. 398, S. 1483.

Fall an den VR. Sonst könnte sich der VR unter Umständen auf diesem Wege seiner aktienrechtlichen Verantwortlichkeit entziehen, was besonders dem Sinn des rev. OR keineswegs entspräche.

c) Der Kausalzusammenhang

Als dritte Voraussetzung wird neben dem Schaden und dem Verschulden das Vorhandensein des Kausalzusammenhanges gefordert.

«Dies Erfordernis des Schadenersatzes wird vom Gesetz angedeutet, wenn es in Art. 41 dem Täter den Schaden auferlegt, den er ‚zufügt‘, und in Art. 97 den Schuldner für den aus der Nichterfüllung ‚entstandenen‘ Schaden haften läßt. Der Kausalzusammenhang beruht auf den Gesetzen des natürlichen Geschehens und ist, soweit das Gesetz keine Bestimmungen aufstellt, nach logischen Gesichtspunkten zu beurteilen.»⁷¹⁾

Der Kläger hat das Verschulden bei einem vertraglichen Ersatzanspruch nicht zu beweisen. Es genügt, wenn er den Schaden, die Pflichtverletzung und den Kausalzusammenhang zwischen beiden nachweist. Gegenüber dem beklagten VR besteht eine Schuldvermutung⁷²⁾, ein strenger und absoluter Beweis des Kausalzusammenhanges ist nicht erforderlich. Der Richter hat sich mit jener Gewißheit zufrieden zu geben, welche ihm die Erfahrung des Lebens verleiht, und welche mit dem gewöhnlichen Lauf der Dinge rechnet⁷³⁾. «Gehaftet wird nur für denjenigen Schaden, mit welchem als einer normalen Wirkung desselben gerechnet werden muß»⁷⁴⁾. Wir gelangen so zum Resultat, das sich aus der Theorie des adäquaten Kausalzusammenhanges ergibt. Ist der Kausalzusammenhang zweifelhaft, so ist der Anspruch abzuweisen⁷⁵⁾. Eine pedantische Handhabung des Beweises ist aber abzulehnen, denn dadurch würde der Geschädigte sein Recht oft nicht durchsetzen können⁷⁶⁾.

Die Handlung, für die gehaftet wird, muß nicht einzige Schadensursache sein. Eine mittelbare Ursache, ein Glied der Kausalkette, genügt, um den ‚Täter‘ verantwortlich zu machen⁷⁷⁾. Ferner ist festzuhalten, daß auch der Zeitablauf zwischen Pflichtverletzung und Schaden den Kausalzusammenhang nicht unterbricht⁷⁸⁾.

⁷¹⁾ Von Tuhr, OR I, S. 72 (1. Aufl.).

⁷²⁾ Biggel, a. a. O. S. 69.

⁷³⁾ BGE 47, II 293 und 59, II 451.

⁷⁴⁾ BGE 57, II 39.

⁷⁵⁾ Von Tuhr, OR S. 80.

⁷⁶⁾ Von Tuhr, a. a. O.

⁷⁷⁾ BGE 46 II 465; 48 II 150 und 174; 57 II 36.

⁷⁸⁾ Biggel, a. a. O. S. 70.

B. Die Verwaltung ist nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, gesetz- oder statutenwidrige GV-Beschlüsse anzufechten

Soweit wir sehen, hat sich das BGer nie mit der Frage befassen müssen, ob die Verwaltung *verpflichtet* wäre, einen gesetz- oder statutenwidrigen Beschluß anzufechten, um sich ihrer Verantwortlichkeit den Aktionären oder Gläubigern gegenüber zu entziehen. In einem früheren Urteil, BGE 20, S. 940 ff. (siehe vorne, S. 21), schließt sich das Bundesgericht den Erwägungen des Handelsgerichtes des Kantons Zürich an, daß es den einzelnen Organen untersagt sei, in die Kompetenzen der andern Organe einzugreifen. Im erwähnten Urteil vom 6. Juli 1894 in S. Dr. Ryf und Konsorten gegen Nordostbahn führt das Handelsgericht unter dem Abschnitt über die materiellen Anfechtungsgründe im wesentlichen aus: Aus dem der Gesamtheit der Aktionäre als Geschäftsherren zustehenden allgemeinen Prüfungsrecht ergebe sich die Befugnis der GV, als des obersten Organs der AG, von allen Maßnahmen der für die Verwaltung bestellten Gesellschaftsorgane Kenntnis zu nehmen, oder darüber Aufschluß zu verlangen. Allein diese Befugnis erstreckte sich nicht darauf, daß die GV solche Verwaltungsmaßregeln, die von ihr nicht gebilligt werden, von sich aus rückgängig machen oder durch andere ersetzen könne; die in den Statuten getroffene Kompetenzausscheidung unter den Gesellschaftsorganen sei im strikten Sinne aufzufassen, es sei daher nicht etwa das jeweiligen höhere Organ (der VR gegenüber der Direktion und die GV gegenüber jenem) befugt, in die den untergeordneten Organen zugewiesenen Kompetenzen einzugreifen oder sich dieselben anzumaßen⁷⁹⁾.

Obwohl das Handelsgericht, der Terminologie des Gesetzes folgend, vom «obersten Organ» spricht, verhilft es in diesem Urteil dem Gedanken, den wir in dieser Arbeit zu untermauern versuchen, klar zum Durchbruch: Das schweizerische Recht steht auf dem Boden der Organgleichheitstheorie. Diesem Zürcherischen Urteil hat das BGer, wie aus dem Dispositiv hervorgeht, voll und ganz zugestimmt.

Leider hat sich das Bundesgericht mit der Frage der Verpflichtung der Verwaltung zur Anhebung der Anfechtungsklage nicht auseinandergesetzt. Soweit wir sehen hat auch das Schrifttum diese Frage stets umgangen⁸⁰⁾.

⁷⁹⁾ BGE 20, S. 947/48.

⁸⁰⁾ Z. B. Ensslin, S. 61 und 78 ff.; Schucany, Art. 706 und 754 ff.; Kolb, S. 135 ff.; Biggel, S. 82, Letzterer faßt die Äußerungen der früheren Autoren zusammen indem er schreibt: «Als Gesellschaftsorgan hat der VR ... dafür zu sorgen, daß die Geschäftsgebarung der AG im Rahmen von Gesetz und Statuten verläuft. Er hat daher jeden Beschluß, der ihm von der GV zur Ausführung überwiesen wird, auf seine Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen; denn wenn auch die GV in

Hier wollen wir aber nicht verfehlen, auf diese Pflicht des VR hinzuweisen, denn erst dadurch erhält die Paritätstheorie ihre sinnvollere Bedeutung. Die Verwaltung ist aus einem doppelten Grunde verpflichtet, die kompetenzüberschreitenden GV-Beschlüsse anzufechten⁸¹⁾, nämlich:

1. Im Hinblick auf ihre Verantwortlichkeit

Der begleitende Gedanke ist die Forderung nach einem den praktischen Bedürfnissen entsprechenden *Gläubigerschutz*. Der Gesellschaftsgläubiger (z. B. Darlehens-, Hypothekar-Gläubiger, Lizenzgeber, Warenlieferant und vieles andere mehr) ist außer Lage, in innergesellschaftlichen Angelegenheiten seinen Einfluß geltend zu machen. Dies ist aus der Natur der GV-Beschlüsse als der internen Willensbildung der AG verständlich⁸²⁾. Dabei darf aber nicht ausser acht gelassen werden, daß die GV-Beschlüsse erhebliche Reflex-Wirkungen gegenüber Dritten hervorrufen können⁸³⁾. Ensslin und Biggel wollen daraus aber noch keine Gefährdung der Gläubigerinteressen sehen, sondern — indem beide auf die vielen gesetzlichen Erschwerungen der Erhöhung des Grundkapitals hinweisen — betonen, daß die berechtigten Interessen der Dritten gegenüber jenen Reflexwirkungen ohnehin genügend geschützt seien.

Wir können uns nur insofern dieser Meinung anschließen, als wir den Gläubigerschutz-Gedanken beträchtlich erweitern: Es ist in der Tat nicht nötig, und es wäre vom gesellschaftsrechtlichen Standpunkt aus unmöglich, dem Gläubiger, d. h. dem Außenseiter, ein Anfechtungsrecht zuzugeben. Da aber der Schutz des Gläubigers trotzdem bestmöglich gewährt werden soll, muß die Verantwortlichkeit des VR eine optimale sein. Neben den Beschlüssen auf Kapitaländerung oder auf Liquidation kann es noch eine gesetzlich niemals erfaßbare Menge von Beschlüssen geben, die alle gleich gut imstande sind, die Interessen der Gläubiger zu schädigen. Diese Schwierigkeiten überbrückt das Gesetz dadurch, daß es den Gläubigern die Möglichkeit gibt, die Verwaltung für ihre Handlungen verantwortlich zu machen. Denn der VR ist der Hüter der Gläubigerinteressen. Ein anderes Organ könnte es wesensgemäß gar nicht sein. «Die Teilnahme an gesetzwidrigen Beschlüssen oder die Vornahme rechtswidriger Handlungen, kann das einzelne Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied auch den Gläubigern gegenüber zivilrechtlich —

ihrer Eigenschaft als oberstes Organ der AG dem VR Weisungen erteilt, so dürfen sich diese keineswegs über die vom Gesetze gezogenen Schranken hinwegsetzen.»

⁸¹⁾ Die die gesetzliche oder statutarische Kompetenz des VR nicht berührenden GV-Beschlüsse gemäß OR 721 fallen hier natürlich nicht in Betracht, s. S. 62.

⁸²⁾ Ensslin, a. a. O., S. 85.

⁸³⁾ Ensslin, a. a. O., S. 85; Biggel, a. a. O. S. 99—100.

verantwortlich machen»⁸⁴⁾. Auf Seite 204 weist der gleiche Autor in Anlehnung an § 241 Abs. 3 HGB darauf hin, daß allen denjenigen gesetzlichen Tatbeständen, aus denen ein Gläubiger u. U. ein direktes Klagerecht gegeben ist, sei gemeinsam, daß das Grundkapital, welches für die Gläubiger den gesetzlich garantierten Minimaldeckungsfond bedeute, vermindert worden sein muß.

Das Klagefundament des Gläubigers einer schweizerischen AG ist bedeutend breiter. Faßt die GV einen gesetz- oder statutenwidrigen Beschluß irgendwelcher Art, durch den ein Gläubigerrecht — das allerdings nur finanzieller Natur sein kann — beeinträchtigt wird, macht sich der VR durch die Nichtanfechtung dieses Beschlusses den Gläubigern gegenüber haftbar. Der VR kann auch niemals dem Gläubiger den GV-Beschluß, also die Erteilung des Befehls entgegenhalten. Wäre dem nämlich so, hätte der VR jederzeit die Möglichkeit, sich hinter der anonymen Mehrheit der GV zu verbergen. Wir wollen festhalten, daß sich der Gläubiger an den VR halten *muß*, sofern ein jenen schädigenden gesetz- oder statutenwidriger GV-Beschluß gefaßt wird.

Nach OR 760 verjährt der Anspruch auf Schadenersatz in 5, bzw. 10 Jahren. Innerhalb dieser langen Frist hat der Gläubiger, aber nur er, nicht auch der Aktionär, die Möglichkeit, den VR wegen der Nichtanfechtung zur Verantwortung zu ziehen; vorausgesetzt natürlich, daß über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet wurde und daß die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung ihrer Ansprüche verzichtet. Da der VR seinerseits nie weiß, ob durch den GV-Beschluß dem Gläubiger innert der Verjährungsfrist ein Schaden erwächst, wird er gut tun, vor Ablauf der zweimonatlichen Anfechtungsfrist⁸⁵⁾ den Beschluß anzufechten. Ficht der VR nicht an und erwächst dem Gläubiger auch kein Schaden, so kann der VR lediglich von Glück sprechen — ein im Geschäftsleben seltenes Ereignis.

Bei der Verantwortlichkeitsklage des Aktionärs gegen den VR ist zwischen dem dem Beschluß Zustimmenden und dem Nichtzustimmenden zu unterscheiden. Wir verweisen auf die Ausführungen auf Seite 52/53.

a) Rechtskraft der GV-Beschlüsse

In diesem Zusammenhang soll noch die Frage erörtert werden, *wie lange* der Aktionär sein Klagerecht gegenüber dem VR auf Verantwortlichkeit geltend machen kann, wenn letzterer einen gesetz- oder statutenwidrigen Beschluß nicht anfiicht. Wir wollen die zwei Klagefristen rekapitulierend nochmals festhalten: Nach OR 706, Abs. 4 erlischt das Anfechtungsrecht, wenn die Klage nicht spätestens zwei Monate nach der GV angehoben wird; und

⁸⁴⁾ Hautle, A., Der Gläubigerschutz im Aktienrecht, S. 57.

⁸⁵⁾ OR 706, Abs. 4.

gemäß OR 760 verjährt der Anspruch auf Schadenersatz gegen den VR in fünf Jahren von dem Tage an, an dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat, jedenfalls aber mit Ablauf von 10 Jahren, vom Tage der schädigenden Handlung an gerechnet. — Wollte man nun dem Aktionär, analog dem Gläubiger, sein Klagerecht gegen den VR 5 bzw. 10 Jahre belassen, so wäre jeder VR praktisch sein ganzes Leben lang in steter Gefahr, wegen eines materiell vielleicht ganz geringfügigen Beschlusses, der gegen die Statuten verstieß, zur Verantwortlichkeit gezogen zu werden. Es ist offensichtlich, daß dadurch dem VR jede Handlungsfreudigkeit abhanden käme.

Die sehr kurze Frist von zwei Monaten des Art. 706, Abs. 4 will gerade verhüten, daß der Gang der Geschäfte noch auf Jahre hinaus durch die Erhebung von Anfechtungsklagen behindert werde. Selbst eine grobe Kompetenzübertretung der GV, die innerhalb zweier Monate beim Richter nicht angefochten wird, heilt innerhalb dieser Frist. Eine spätere Anfechtung ist ausgeschlossen.

Wie nun, wenn der VR diese Frist, nicht innehält; kann sich der Aktionär da auf lange Frist von OR 760 berufen, um eine Klage auf Verantwortlichkeit anzuheben? Wie wir eben gesehen haben, soll die Initiative des VR nicht durch drohende Verantwortlichkeitsklagen gelähmt werden. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz scheint aber doch vollauf gerechtfertigt zu sein, dann nämlich, wenn der VR in Kenntnis des rechtswidrigen Beschlusses diesen absichtlich nicht anfocht, in der Hoffnung, der überstimmte Aktionär scheue einen gerichtlichen Gang. In diesem Fall, aber nur in diesem, soll dem Aktionär die lange Frist von OR 760 zur Anhebung der Verantwortlichkeitsklage geboten werden, denn es ginge nicht an, den Treuemißbrauch des VR noch zu sanktionieren. Hier soll dem VR auch der Einwand verwehrt bleiben, der Aktionär hätte selbst die Möglichkeit gehabt, gemäß OR 706 den Beschluß anzufechten; der VR, als der Mandatar der Gesellschaft, nicht des einzelnen Mitgliedes, übernimmt zugleich mit seiner Wahl die Verpflichtung, die Interessen des Verbandes in einem ungleich höheren Maße wahrzunehmen als der Einzelne.

2. Als kaufmännische Leiterin des Unternehmens

Eine AG kann nur solange blühen, als die Gläubiger das Vertrauen in die Gesellschaft bewahren. Dieses Vertrauen, auf dessen Grund die Kreditgewährung erfolgt, stützt sich in erster Linie auf die Kenntnis der Statuten und vor allem auf die persönlichen Beziehungen zu den Leitern des Unternehmens, dem VR. Muß nun der Gläubiger hinter jeder Aktion des VR einen Beschluß der GV vermuten, so wird er sich am Geschäft desinteressieren und

seinen Kredit nicht leichtfertig aufs Spiel setzen. Dieser Entwicklung kann der VR wirksam entgegentreten, indem er kompetenzüberschreitende GV-Beschlüsse, selbst wenn diese *prima vista* als vorteilhaft bezeichnet werden dürfen, immer anfecht. Auf dieser Basis wird sich der Gläubiger selbst bei gewagten Geschäften bereit finden, sein Geld zur Verfügung zu stellen. Abschließend darf festgehalten werden: Unser Gesetz weist so entscheidende paritätische Züge auf, daß für die Verfechtung der Omnipotenztheorie kaum mehr Raum bleibt. Gleichberechtigung der Organe heißt aber, den VR ein Maximum an Verantwortung tragen zu lassen. Damit sind zwei Grundforderungen erfüllt: Der VR ist in seiner Tätigkeit frei, unbehindert und entscheidungskräftig. Die Rechte der Gläubiger aber sind im besten Sinne des Wortes gewahrt. Ein freier VR und vertrauenshegende Gläubiger zusammen arbeiten für das Wohl der Gesellschaft, schließlich für das Wohl einer gedeihlichen Wirtschaft.

§ 12

Die Dienstanweisung

Wir haben schon des öfters den ersten Absatz des Art. 721 in den Kreis unserer Betrachtung gezogen. Hier, nämlich in der gesetzlichen Bestimmung, daß die Befugnisse der Verwaltung sich in ihrem Verhältnis zur Gesellschaft auch nach den Beschlüssen der GV zu richten haben, fassen die Anhänger der Omnipotenztheorie an. Wenn schon die GV nach Belieben Beschlüsse fassen kann, die der VR auszuführen hat, so ist es naheliegend, daß man vom VR als einem reinen Exekutiv-Organ, die Beschlüsse der GV auszuführenden Diener sprechen kann¹⁾. Es handelt sich um die sogenannte Dienstanweisung.

Um diese Dienstanweisung und deren Zusammenhang mit unserem Thema zu verstehen, ist es notwendig, die juristische Natur des Anstellungsvertrages der VR-Mitglieder zu fixieren. Es handelt sich um einen privatrechtlichen obligatorischen Vertrag²⁾. Unbestritten ist diese Ansicht allerdings nicht; so sagt beispielsweise Egger³⁾, die Bestellung in den Vorstand eines Vereins beruhe nicht notwendigerweise auf einem Vertrag. Der Bestel-

1) Wieland, II, S. 127; Schucany Art. 721, N. 1.

2) Wolfers, Die Verwaltungsorgane der AG, in Zürcher Beiträge zur Rechtsw. LXVI. S. 24.

3) Komm. Personenrecht, Art. 69, II.

lungsakt könne ein eigentümlicher sozialrechtlicher sein, insbesondere dann, wenn ein Mitglied in den Vorstand gewählt würde. Egger meint immerhin, daß das Verhältnis beim Vereinsvorstand vertragsanalog sei.

Trotzdem (d. h. auch wenn es sich um einen privatrechtlichen obligatorischen Vertrag handelt) fällt es schwer, den Bestellsungsakt unter einen Vertragstypus des OR vollständig zu subsumieren. Der Anstellungsvertrag der VR-Mitglieder erhält seine Eigentümlichkeit schon dadurch, daß der eine Vertragspartner eine Versammlung ist⁴⁾. Im fernerem regelt das Aktienrecht selbst verschiedene Pflichten des VR, die Abberufung, die Verantwortlichkeit usw. Trotzdem müssen immer wieder die Bestimmungen des Dienstvertrages oder des Auftrages, der einzigen zwei Vertragstypen, die in Frage kommen, herangezogen werden. Handelt es sich um einen speziellen Vertrag, einen *contractus sui generis*, müßte nach einer Subsumtion gar nicht gesucht werden.

Die Unterscheidungsmerkmale zwischen Auftrag und Dienstvertrag sind im Gesetz nicht klar gezogen. Wolfers⁵⁾ sieht weder im Gegenstand noch in der Entgeltlichkeit noch im Moment der Dauer den Unterschied, sondern in der Verschiedenheit des den Vertrag beherrschenden Interesses⁶⁾.

Wir schließen uns dieser Ansicht an. Beim Auftrag insbesondere ist das Interesse des Mandanten maßgebend, nicht die Dauer, die Entgeltlichkeit bzw. Unentgeltlichkeit, der Gegenstand, d. h. die Art der vom Mandanten zu erbringenden Leistung. Immer müssen aber alle äußeren Merkmale zusammen berücksichtigt werden, um feststellen zu können, welcher der beiden Verträge — Auftrag oder Dienstvertrag — in einem konkreten Fall vorliegt. Vor allem ist aber aus dem Willen der Parteien auch auf das Hauptinteresse abzustellen.

Alle Momente ins Auge fassend darf doch behauptet werden, der Anstellungsvertrag der VR-Mitglieder erfülle die Voraussetzungen des Auftrages. Heute gilt diese Ansicht als unbestritten. Soweit wir sehen, wird sie von den schweizerischen Autoren, wie z. B. Bachmann⁷⁾, Kolb⁸⁾, Kaeslin⁹⁾ und an-

⁴⁾ Bloch, über Organschaft und die rechtliche Stellung des sog. Verbandsorgans.

⁵⁾ a. a. O., S. 27.

⁶⁾ a. M. Schönenberger, Komm. zu Art. 319, N. 36: «Auch bei der Unterscheidung von Auftrag spielt das Zeitmoment (d. i. Dienstvertrag) die Hauptrolle; dies um so mehr, als die Art der Verrichtung sich nicht mehr so scharf von der Dienstleistung abhebt, wie nach dem früheren Art. 392; Art. 394 spricht jetzt neben der Geschäftsbesorgung ebenfalls von der Leistung von Diensten.»

⁷⁾ In Festschrift für Cohn, Zürich 1915, S. 6 (696).

⁸⁾ a. a. O. S. 13.

⁹⁾ a. a. O. S. 27.

dere mehr ausnahmslos vertreten. Nun liegt es in der Natur des Vertrages, daß der Mandant dem Mandataren Aufträge oder Anweisungen, sogenannte Instruktionen erteilt. Wenn wir es nicht mit einem Dienstvertrag zu tun haben, so rechtfertigt sich gleichwohl, den Ausdruck Dienstanweisung zu verwenden. Und hier liegt der Anknüpfungspunkt zu unserem Thema. Der Art. 721, Abs. 1 räumt der GV die Befugnis ein, dem VR Dienstanweisungen zu erteilen. Das ist der Sinn der Bestimmung, daß der VR an die Beschlüsse der GV gebunden sei.

Damit ist aber noch keineswegs unsere Behauptung widerlegt, daß das Aktienrecht auf paritätischem Boden steht. Denn es handelt sich bei der Dienstanweisung um Zuteilung von Obliegenheiten *außerhalb* der Statuten. Hier können sich die Kompetenzen der GV frei entfalten. Es widerspräche aber ganz und gar dem Sinn der Statutensetzung, wollte man die Dienstanweisung auf innerstatutarische Pflichten ausdehnen.

§ 13

Einzelne Konfliktsfälle

Wenn in einem früheren Abschnitt die Beschlußfassung der GV in den im Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen genannt wurde, so wollten wir damit bloß eine Fixierung der Kompetenzen erreichen. Eine ins einzelne gehende Abgrenzung, d. h. eine Konfliktregel herauszuschälen, mußte, gleichsam als Probe aufs Exempel, auf das Ende der Arbeit erspart werden. Es kann sich auch hier nicht darum handeln, jeden einzelnen Fall der Beschlußfassung durch die GV, der im Gesetz oder in uns zugänglichen Statuten genannt ist, zu beleuchten, zu «erproben». Denn die Mannigfaltigkeit der Fälle könnte gar nicht erfaßt werden. Vielmehr sollen einige wenige Beispiele hervorgehoben werden.

I. Die Erhöhung des Grundkapitals

«Wie jede Statutenänderung, so gehört auch die Erhöhung des Grundkapitals zu den unentziehbaren Befugnissen der GV. Daraus folgt indes nur, daß die GV den wesentlichen Inhalt der Erhöhung zu bestimmen hat. Wesentlich ist, *daß* überhaupt das Grundkapital erhöht und bis zu welchem Betrage es erhöht werden soll. Daher kann die GV in Ermangelung abweichender gesetzlicher Vorschriften die Verwaltungs- und Aufsichtsorgane zur Vor-

nahme der Erhöhung und zur Festsetzung der einzelnen Modalitäten ermächtigen. Das gilt insbesondere auch für die Zeit der Erhöhung, da die Verwaltungsorgane zur Wahl des richtigen Zeitpunktes besser in der Lage sind als die vielköpfige GV. Die Erhöhung kann bereits im ursprünglichen Statut vorgesehen werden. Alsdann genügt ein gewöhnlicher GV-Beschluß, sofern nicht die Erhöhung ins Ermessen der sonstigen Organe anheim gestellt worden ist.»¹⁾ — In beiden Fällen, also auch wenn die Statuten die Ausgabe neuer Aktien vorsehen und die Verwaltung mit der Ausführung betraut wird, handelt es sich um einen echten GV-Beschluß, also um eine ausschließliche Kompetenz der GV, und zwar äußert sich diese in beiden Fällen im Feststellungsbeschluß, der nach durchgeführter Kapitalerhöhung gefaßt wird.

Die Ausgabe neuer Aktien stellen nicht das einzige Mittel dar, um das Grundkapital zu erhöhen. Vielmehr kann dieses Ziel auch dadurch erreicht werden, daß man den Nominalbetrag der alten Aktien erhöht; allerdings mit der einschränkenden Bestimmung, daß gemäß Art. 680, Abs. 1 der Aktionär auch durch die Statuten nicht verpflichtet werden kann, mehr zu leisten als den für den Bezug einer Aktie bei ihrer Ausgabe festgesetzten Betrag, d. h. daß keinem Aktionär die Erhöhung seiner Aktien durch Mehrheitsbeschluß aufgezwungen werden kann²⁾. Wir wollen uns aber hier bei der Betrachtung der Konfliktregel auf die Erhöhung des Grundkapitals durch die Ausgabe neuer Aktien beschränken. (Die wirtschaftliche Rechtfertigung der Ausgabe neuer Aktien, muß, weil nicht zum Thema gehörend, nur anmerkungsweise gestreift werden: Es ist die Beschaffung neuer Betriebsmittel³⁾ Ein weiterer Zweck der Erhöhung kann der Ersatz von verlorenem Aktienkapital sein, wobei die Kapitalerhöhung mit einer Kapitalherabsetzung Hand in Hand geht. Oder endlich, man kann damit eine Umwandlung von Schulden in Aktienkapital bezwecken⁴⁾. Diese letztere bezieht sich auf die sogenannten Convertibles Bonds, d. h. bei der Ausgabe von Obligationen wurde vorgesehen, diese auf Begehren des Obligationengläubigers in Aktien umzuwandeln, wobei die Umwandlung als Verrechnung und nicht als Sacheinlage zu behandeln ist⁵⁾. Eine andere Variante ist die, daß der Obligationengläubiger die Pflicht übernimmt, sich durch Aktien bezahlen zu lassen, was für den Schuldner bedeutet, daß er sein Aktienkapital erhöhen muß.) Was nun den Beschluß der GV auf Erhöhung anbelangt, ist folgendes zu sagen:

1) Wieland, II, S. 167/168.

2) Schucany, Art. 650, A. 1.

3) Siegwart, Art. 650, N. 2; vgl. auch Wieland A., Kritisches zum Kapitel der Grundkapitalveränderung in ZSR 57, 1; Scherrer, Die Kapitalerhöhung bei der AG, Baslerstudien zur Rechtswissenschaft H. 15, Festgabe 1942, S. 37.

4) Siegwart, Art. 650, N. 3 ff.

5) Siegwart, Art. 650, N. 16.

1. *Die Statuten enthalten keine Bestimmung über künftige Kapitalerhöhungen in irgendeiner Form:* Dann ist an der Kompetenz der GV, die ja eine Statutenänderung vornimmt, kein Zweifel möglich. Und zwar beschließen nur die bisherigen Aktionäre; die Erwerber der neuen Aktien, sofern es bis anhin unbeteiligte Dritte sind, treten erst später, nämlich beim Feststellungsbeschluß in Aktion. Es ist zulässig und am einfachsten, wenn der Kapitalerhöhungsbeschluß die bezüglichlichen Details regelt, wie Betrag der Erhöhung, die Bedingungen usw. Dies bedeutet keinen Eingriff in die Kompetenzsphäre des VR, da eine Festlegung der diesbezüglichen Befugnisse noch gar nicht erfolgt. Ein Konflikt ist hier ausgeschlossen.

Anders gestaltet sich die Sachlage, wenn im GV-Beschluß die Weisung an den VR enthalten ist, die Kapitalerhöhung nach seinem Ermessen durchzuführen. In diesem Fall ist dem VR eine Kompetenz verliehen worden, die in den Rahmen der Geschäftsführung fällt, und die ihm nicht entzogen werden darf. Es fragt sich, ob die GV, nachdem sie durch die Statuten dem VR Vollmacht zur Kapitalerhöhung nach seinem Ermessen erteilt hat, zusätzliche Weisungen, gemäß Art. 721 geben darf⁶⁾. Mit andern Worten: Ist der VR verpflichtet, einen derartigen GV-Beschluß anzufechten? Dies ist eine Frage der Interpretation des Beschlusses. Enthält letzterer vorbehaltlos die allgemeine Weisung, der VR sei ermächtigt eine Kapitalerhöhung vorzunehmen, so glauben wir, daß an dieser Kompetenz des VR, der die volle Verantwortung trägt, nicht gerüttelt werden darf. Einen eventuellen Beschluß müßte der VR, als Abwehrmaßnahme gegen Einbrüche in seine Befugnisse anfechten. Selbstverständlich bleibt es der GV unbenommen, einen VR, der sich an die nachträglichen, außerstatutarischen Weisungen der GV nicht gebunden glaubt, abzurufen. Ähnlich verhält es sich in einem zweiten Fall:

2. *Wenn die Statuten, seien es die ursprünglichen oder die später abgeänderten, für die Zukunft eine Kapitalerhöhung vorsehen:* Regeln sie diesen Vorgang in allen Einzelheiten, was praktisch kaum vorkommen wird, so ist dem VR der Weg vorgezeichnet. Die Durchführung der Kapitalerhöhung mit der der VR betraut wird, ist dann seine alleinige Sache; der GV bleibt ein Mitspracherecht verwehrt. Regelmäßig werden die Statuten aber nur in «generell umschriebener Weise»^{6a)} Kapitalerhöhungen vorsehen und mit der

⁶⁾ Dabei ist zu bedenken, daß eine Blanko-Vollmacht im uneingeschränkten Sinn, z. B. ohne Angabe des Erhöhungsbetrages, nicht zulässig ist. Praktisch ist allerdings eine derartig weitgehende Vollmacht kaum denkbar. Sprechen wir demnach von einem vorbehaltlosen Beschluß der GV, so ist darunter nicht eine reine Blanko-Vollmacht an den VR zur Kapitalerhöhung zu verstehen, sondern beispielsweise die Weisung, die Erhöhung innert einer gewissen Zeit bis zu einem gewissen Betrag durchzuführen.

^{6a)} Siegwart, Art. 650, N. 26.

Festsetzung der Einzelheiten und der Durchführung der Erhöhung die Verwaltung betrauen. Hier können sich Kompetenzstreitigkeiten ergeben, inwieweit nämlich das Entscheidungsrecht der GV eingeschränkt werden darf.

Entscheidend ist der Wortlaut der Statutenbestimmung: Ist einfach eine zukünftige Kapitalerhöhung erwähnt, ohne daß ein Organ mit deren Durchführung betraut wird, dann glauben wir mit Siegwart (Art. 650 N. 30), es handle sich um eine «überflüssige, nur aus der früheren Einstellung zu dieser Frage zu erklärenden Statutenbestimmung». Tatsächlich muß hier die Entscheidungsgewalt in den Händen der GV bleiben. Denn sie greift damit keineswegs in die Befugnisse des VR ein, da ja letzterer in den Statuten nicht genannt ist. «Ein Kapitalerhöhungsbeschluß ist nicht entbehrlich, und die Verwaltung kann keine Kompetenz zu Anordnungen beanspruchen»⁷⁾.

Enthalten aber die Statuten genaue Weisungen für eine künftige Kapitalerhöhung und wird der VR mit der Durchführung der Statutenbestimmung aufgetragen, so sehen wir uns der gleichen Situation gegenüber, wie wenn der Kapitalerhöhungsbeschluß genaue Weisungen enthielte: Der VR ist allein zuständig und trägt ausschließlich die Verantwortung. Die ihm einmal übertragene Kompetenz kann nur durch den *contrarius actus* zurückgenommen oder geschmälert werden⁸⁾.

So viel ist sicher: Ein Beschluß der GV zur Kapitalerhöhung liegt in jedem Fall vor, auch dann, wenn die Statuten einen solchen, sei es in genereller Form oder spezifiziert, vorsehen. In diesem Fall ist der Beschluß als zeitlich früher gefaßt zu betrachten, nämlich anläßlich der Statutenfestsetzung — bzw. Revision. Somit kann es nicht ins freie Ermessen des VR gestellt sein, ob er die Erhöhung durchführen will oder nicht, sondern er ist dazu verpflichtet, wobei je nach dem Inhalt des Beschlusses ihm bei der Festsetzung der Einzelheiten mehr oder weniger Spielraum gelassen ist. Die Verwaltung kann dabei Geschäfte abschließen, die ihr sonst statutarisch nicht zustehen würden, soweit es für die Durchführung notwendig ist⁹⁾. Dies kann nur den Sinn haben, daß im Zweifelsfall der Verwaltung ein möglichst großer Spielraum gelassen werden muß.

Die Einzelheiten des Vorgangs bei der Kapitalerhöhung sind denjenigen bei der Gründung gleich¹⁰⁾ und können uns in diesem Rahmen nicht weiter interessieren. Insbesondere faßt auch hier die GV, und zwar die neuen Aktionäre inbegriffen, einen Feststellungsbeschluß, worin nicht der Wille, sondern

7) Siegwart, a. a. O.

8) a. M. von Salis, Das autorisierte Kapital, S. 206 ff; Silbernagel, die Gründung der AG, S. 202 ff; BGE 41 II 721.

9) Bl z R 72, S. 119.

10) Art. 650, Abs. 1.

die Meinung der Versammlung zum Ausdruck kommt, daß die Kapitalerhöhung durchgeführt ist und daß diese gebilligt werde. Sollte in einer ersten Versammlung die nötige einfache Mehrheit nicht zustande kommen, unterbleibt die Eintragung ins Handelsregister und es ist eine zweite Versammlung einzuberufen; trotzdem behält natürlich die Kapitalerhöhung ihre Gültigkeit, weil sie sich auf einen früheren gültigen GV-Beschluß stützt.

II. Erweiterung der Befugnisse und Pflichten der Kontrollstelle, Art. 731, Abs. 1

Das OR umschreibt in den Art. 728 ff. die Aufgaben der Kontrollstelle. Art. 731 sagt darüber hinaus:

«Den Statuten und der GV bleibt vorbehalten, über die Organisation der Kontrollstelle weitergehende Bestimmungen zu treffen, ihre Befugnisse und Pflichten auszudehnen und insbesondere die Vornahme von Zwischenrevisionen vorzusehen. Doch dürfen der Kontrollstelle keine Aufgaben der Verwaltung übertragen werden.»

Der letzte Satz, daß der Kontrollstelle keine Verwaltungsaufgaben übertragen werden dürfen, zwingt uns zu einer kurzen Betrachtung darüber, welche Funktionen das Kontrollorgan von Gesetzes wegen wahrzunehmen hat; die fakultativen, denen allein unsere Aufmerksamkeit gilt, sind dann ohne weiteres ersichtlich und verständlich.

Nach BGE 34 II 501 ff. beschränkt sich die Pflicht der Revisoren auf rein kalkulatorische Ueberprüfungen. Dieser Auslegung der Gesetzesbestimmungen widersetzten sich, wie das BGer selbst in einem späteren Entscheid, BGE 65 II 19 feststellt, verschiedene Autoren (z. B. Bachmann, Komm. OR, Art. 659, Anm. 3; Zimmermann: Die Jahresbilanzen der Aktiengesellschaft nach deutschem und schweizerischem Recht, S. 347; Brauchlin: Die Bilanz der Aktiengesellschaften nach schweizerischem OR, S. 163). Allein das BGer blieb bei der einmal gefaßten Meinung. «Für das BGer jedoch besteht umso weniger Anlaß, von seiner bisherigen einschränkenden Auslegung abzugehen, als sich auch das revidierte OR jedenfalls dem Grundsatz nach auf den gleichen Boden gestellt hat. Zwar verpflichtet es in Art. 728, Abs. 1 die Revisoren zu untersuchen, ob die Darstellung des Geschäftsergebnisses und der Vermögenslage den gesetzlichen Bewertungsgrundsätzen, wie sie in Art. 662 ff. rev. OR niedergelegt sind, entsprechen. Damit ist aber den Revisoren keine Pflicht zur Ueberprüfung der Bonität der einzelnen Forderungen der AG überbunden».

Wir glauben mit den oben zitierten Autoren, daß diese Umschreibung der Prüfungspflicht der Revisoren zu eng ist. Zweifelhaft scheint uns, ob die Geschäftsführung von den Revisoren nicht zu überprüfen sei. Schucany (Art. 729, N. 6) und Bachmann (AG und Genossenschaft, S. 202) verneinen es.

Die Bestimmungen des Art. 729, Abs. 3 wollen nur soviel heissen, daß, sollten die Revisoren bei der Revision der Rechnungsbücher Mängel in der Geschäftsführung wahrnehmen, sie dies der dem Verantwortlichen unmittelbar übergeordneten Stelle und dem Präsidenten des VR mitzuteilen haben. Sie haben diese Wahrnehmungen auch nicht in den Revisionsbericht aufzunehmen, sondern bloß mitzuteilen¹¹⁾.

Die Kontrollstelle hat die Rechnungsbücher formell und materiell zu prüfen. Die Durchführung, d. h. ob nur Stichproben zu machen oder ob alle Buchungen zu erfassen sind, bleibt ihr vorbehalten und hängt vom Umfang und den besonderen Verhältnissen (objektive und subjektive) des einzelnen Falles ab¹²⁾. Zur formellen Prüfung der Bücher durch die Kontrollstelle gehört vorab, ob die Bücher sorgfältig geführt sind, ob die Eintragungen vollständig sind, indem die Bücher Aktiven und Passiven, Einnahmen und Ausgaben enthalten und ob außerdem die Belege zu den einzelnen Posten, soweit dies den tatsächlichen Verhältnissen entsprechend möglich ist, vorhanden sind. Zur materiellen Prüfung gehört, ob die Aktiven auch tatsächlich am Bilanztermin vorhanden waren¹³⁾, ob die Passiven nicht zu niedrig eingesetzt wurden, und ob das Geschäftsergebnis und die Vermögenslage gemäß den gesetzlichen Bewertungsgrundsätzen¹⁴⁾ dargestellt sind. Eventuell müssen noch die Bewertungsgrundsätze der Statuten beachtet werden, die wohl strenger, aber niemals milder als die gesetzlichen sein dürfen¹⁵⁾. Hingegen verneint das BGer die Pflicht der Revisoren, die Bonität der einzelnen Forderungen zu überprüfen¹⁶⁾.

Um ihrer Pflicht zur Revision nachkommen zu können, benötigt die Kontrollstelle die nötigen Prüfungsunterlagen. Das Gesetz nennt in Art. 728, letzter Absatz, die Bücher und Belege, die ihr von der Verwaltung vorzulegen sind, so wie die Befugnis der Kontrollstelle, von der Verwaltung über das Inventar und die Grundsätze, nach denen es aufgestellt wurde, sowie über einzelne bestimmte Gegenstände Aufschluß zu verlangen. Irgendwelche Einschränkungen in dieser Hinsicht dürfen nicht gemacht werden¹⁷⁾.

11) Schucany, Art. 729, N. 6, Soll eine regelmäßige Beaufsichtigung des VR erfolgen, so kann in den Statuten ein derartiger Aufsichtsrat vorgesehen werden; ein dahingehender Vorschlag des Bundesrates in seinem Entwurf, Botschaft Art. 725, S. 197, wurde von den eidgenössischen Räten abgelehnt und somit nicht zum Gesetz erhoben.

12) Schucany, Art. 728, N. 1.

13) Schucany, a. a. O., N. 3.

14) Art. 662—670.

15) Schucany, a. a. O.

16) BGE II 19; in der Literatur, wie angedeutet wurde, sehr angefochten.

17) Prot. S. 400.

Schließlich ist die Kontrolle verpflichtet, der GV einen Bericht zu unterbreiten¹⁹⁾, worin sie das Revisionsergebnis zusammenfaßt und einen Antrag zu stellen, ob die Bilanz mit oder ohne Vorbehalt anzunehmen oder zur Abänderung und Richtigstellung an den VR zurückzuweisen sei, und ob die Verwendung des Reingewinns, wie sie die Verwaltung vorschlägt, den gesetzlichen und statutarischen Bestimmungen entspricht. Ferner wird in Absatz 4 des gleichen Artikels verlangt, daß die Kontrollstelle «gehalten» ist, der ordentlichen GV beizuwohnen. Damit ist gesagt, daß sie dies nicht unbedingt muß, es handelt sich um eine Soll-Vorschrift. Da aber die Aktionäre gemäß Art. 697, Abs. 1 befugt sind, die Kontrollstelle auf zweifelhafte Ansätze aufmerksam zu machen, und die erforderlichen Aufschlüsse zu verlangen, so erscheint es wünschenswert, daß die Kontrollstelle der Versammlung beiwohne. Die Kontrollstelle unterliegt — eine Selbstverständlichkeit — der Schweigepflicht²⁰⁾.

Soweit die gesetzlichen Rechte und Pflichten der Kontrollstelle. Die GV kann von Fall zu Fall oder in dem sie eine entsprechende Bestimmung in die Statuten aufnimmt, über die Organisation der Kontrollstelle weitergehende Bestimmungen treffen, ihre Befugnisse und Pflichten ausdehnen und insbesondere die Vornahme von Zwischenrevisionen beschließen. (Art. 731). Gesetzlich ist ein Aufsichtsrat nicht vorgesehen, aber trotzdem kann ein solcher als Aufsichtsorgan bestellt werden²¹⁾. Dies entbindet die GV natürlich nicht von der Pflicht, daneben noch eine Kontrollstelle zu bestellen. Will eine AG die Geschäftsführung der Verwaltung kontrollieren lassen, aber trotzdem keinen Aufsichtsrat bestellen, so kann sie, gestützt auf Art. 731, die Kontrollstelle damit beauftragen, oder aber besondere Kommissäre oder Sachverständige ernennen²²⁾.

Der Rahmen, innerhalb dessen die GV die Pflichten der Kontrollstelle erweitern kann, sei es durch eine statutarische Ermächtigung oder sei es durch einen von Fall zu Fall zu fassenden Beschluß, ist somit sehr weit. Sache des VR ist es aber, darüber zu wachen, daß der Kontrollstelle keine Aufgaben der Verwaltung übertragen werden. — Die Statuten einer AG sehen vor, daß die Kontrollstelle spätestens einen Monat nach Ablauf des Geschäftsjahres die Kontrolle der Bücher vorzunehmen hat, um der innerhalb der nächsten drei Monate stattfindenden GV ihren Bericht erstatten zu können (Art. 729). An-

19) Art. 729, Abs. 1 und 2.

20) Art. 730.

21) u. W. macht die schweizerische Praxis mit Recht von dieser Befugnis seltenen Gebrauch.

22) Art. 731, Abs. 2.

läßlich dieser Kontrolle stellt die Kontrollstelle Mängel in der Bilanz wahr; und zwar sind es rein formelle Fehler, die die Verwaltung begangen hat²³⁾. In materieller Hinsicht findet das Kontrollorgan die Bilanz, sowie auch die Gewinn- und Verlustrechnung in Ordnung; sie ersetzt aber wegen der formellen Mängel die durch den VR erstellte Bilanz durch eine eigene, den kaufmännischen Grundsätzen entsprechende, neue. Dabei nehmen die Revisoren in ihrer Bilanz, zum mindesten aber in ihrem Bericht ausdrücklich auf die schon erstellte Bilanz des VR Bezug. Die GV genehmigt diese «revidierte» Bilanz und erteilt hierauf dem VR Décharge²⁴⁾.

Die GV hat damit zweifellos die durch die Kontrollstelle wahrgenommenen Verwaltungsbefugnisse sanktioniert. Denn Träger der Buchführungs- und Bilanzpflicht ist unter allen Umständen die Verwaltung. Würde nun auch die neue, genehmigte Bilanz den kaufmännischen Grundsätzen widersprechen und entstünde dadurch irgend einem Gläubiger oder Aktionär ein Schaden, so müßte der VR, falls der Geschädigte klagen würde, haftbar erklärt werden. Von dieser Haftung könnte er sich nur befreien, wenn er den Beschluß der GV auf Genehmigung der durch die Kontrollstelle errichteten Bilanz anfechten würde²⁵⁾.

Die Beispiele ließen sich beliebig vermehren. Immer werden wir aber die im theoretischen Teil der Arbeit entwickelten Grundsätze bei Kompetenzstreitigkeiten zwischen GV und VR anwenden müssen.

Es war unser Bestreben — und wir hoffen, dieser Gedanke lasse sich durch die ganze Arbeit hindurch verfolgen — zu zeigen, daß nicht nur auf Grund der positiv-rechtlichen Bestimmungen, sondern auch im Hinblick auf die eminent wichtige Bedeutung der AG in unserem Wirtschaftsleben dem VR als Leiter der Gesellschaft eine nicht hoch genug einzuschätzende Rolle zuge-dacht ist. Von einem zweitrangigen Exekutiv-Organ kann unserer Ansicht nach also nicht mehr gesprochen werden. Wenn aber auch dem VR diese Machtstellung eingeräumt wird, so wollte doch der Gesetzgeber andererseits die Aktionäre und Gläubiger vor Willkür der Geschäftsleitung schützen: deshalb die strenge Haftbarkeit, der sich der VR unterziehen muß.

23) Die Verwaltung dieser kleineren AG besteht beispielsweise nur aus einem einzigen VR, der möglicherweise ein guter Techniker, aber ein schlechter Buchhalter ist.

24) Hier ist zu beachten, daß die Entlastung der Verwaltung und die Abnahme der Gewinn- und Verlustrechnung und der Bilanz voneinander zu trennen sind. Die Bilanz kann genehmigt, die Entlastung hingegen verweigert werden oder umgekehrt. «Bei vorbehaltloser Abnahme der Bilanz ist indessen die Gewährung der Entlastung zu vermuten», Schucany, Art. 698, A. 7; BGE 34 II 502.

25) Eine Frage für sich, die wir aber hier nicht zu untersuchen haben, ist die, ob in einem solchen Fall die Déchargeerteilung an den VR auch wieder dahinfällt. Unseres Erachtens bleibt diese jedoch in Kraft.

LEBENS LAUF

Am 29. Juni 1920 wurde ich in meinem Heimatort Scuol/Schuls geboren. Nach dem Besuch der Schulser Schulen und des humanistischen Gymnasiums in Chur immatrikulierte ich mich im November 1940 an der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Ein Semester verbrachte ich in Genf. Infolge der Instruktions- und Akdivdienste verlor ich 2 Semester. Im Herbst 1945 bestand ich die letzte mündliche Prüfung, im Oktober 1948 erfolgte meine Promotion nachdem ich mich seit 1946 in der Advokatur, im Gerichts- und im Versicherungswesen ausgebildet hatte. Gegenwärtig bin ich am Direktionssitz der Basler Lebensversicherungsgesellschaft tätig. Die Drucklegung der Dissertation, an deren Text ich nichts mehr geändert habe, erfuhr einen dreijährigen Aufschub.

Basel, im Sommer 1951.

